

File ID	uvapub:63365
Filename	Thesis
Version	unknown

---

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	PhD thesis
Title	Bedrijfsovername en milieurecht : een onderzoek naar juridische aspecten van bedrijfsovername en milieu
Author(s)	R. Mellenbergh
Faculty	FdR
Year	2009

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:

<http://hdl.handle.net/11245/1.317606>

---

*Copyright*

*It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content licence (like Creative Commons).*

---

*Bedrijfsovername en milieurecht*

Lay-out: Max van Garling – Redactie/DTP-bureau Diligentia – Deventer

Deze dissertatie is ook verschenen in de serie Recht en Praktijk, nr. 170, onder ISBN 978-90-13-05590-0.

# BEDRIJFSOVERNAME EN MILIEURECHT

EEN ONDERZOEK NAAR JURIDISCHE ASPECTEN VAN  
BEDRIJFSOVERNAME EN MILIEU

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

Ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op gezag van de Rector Magnificus  
prof. dr. D.C. van den Boom  
ten overstaan van een door het college voor promoties  
ingestelde commissie,  
in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel

op vrijdag 27 maart 2009, te 14.00 uur

door

RIK MELLENBERGH

geboren te Maarn

Promotiecommissie

Promotoren: Prof. dr. N.S.J. Koeman  
Prof. dr. H.J. de Kluiver

Overige leden: Prof. dr. C.E. du Perron  
Prof. dr. M.G. Faure  
Prof. dr. B.J. Schueler  
Prof. dr. R. Uylenburg  
Prof. dr. F.M.J. Verstijlen

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

## Voorwoord

Dit proefschrift is het eindresultaat van ruim vier jaar onderzoek verricht bij het Centrum voor Milieurecht van de Universiteit van Amsterdam, en bij een drietal Amerikaanse universiteiten. Ik heb gedurende deze jaren met veel plezier samengewerkt met mijn twee promotoren, professor Niels Koeman en professor Harm Jan de Kluiver, beiden verbonden aan de Universiteit van Amsterdam, en met mijn collega's werkzaam bij het Centrum voor Milieurecht, onder leiding van directeur professor Rosa Uylenburg. Ik dank mijn promotoren voor hun nuttig commentaar op eerdere concepten van dit proefschrift en voor de plezierige bijeenkomsten, afwisselend op de Universiteit van Amsterdam, ten kantore van Stibbe en ten kantore van De Brauw Blackstone Westbroek, alwaar Niels Koeman respectievelijk Harm Jan de Kluiver werkzaam zijn als advocaat. Tevens was hun steun voor mijn studieverblijf in de Verenigde Staten van groot belang voor de nadere uitwerking van mijn proefschriftonderzoek.

Daarnaast bedank ik de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) voor de toekenning van een reisbeurs, de Board of the Fulbright Center, vanwege de toekenning van een Fulbright Grant, en de Universiteit van Amsterdam, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, vanwege de financiële ondersteuning van mijn studieverblijf in de Verenigde Staten. Het studieverblijf in de Verenigde Staten is mogelijk gemaakt door de uitnodigingen van de hoogleraren Richard Stewart (NYU, School of Law), Daniel Farber (Berkeley Law, University of California) en Jason Johnston (University of Pennsylvania Law School). Het contact met professor Richard Stewart is tot stand gekomen via professor Han Somsen, het contact met professor Jason Johnston via Jurgen van der Heijden. Mijn dank gaat uiteraard ook naar hen uit. De verblijven aan deze Amerikaanse universiteiten waren nuttig voor mijn promotieonderzoek, en zijn tevens erg interessant en leuk geweest.

De volgende personen dank ik voor het geven van nuttig commentaar op concepten van mijn proefschrift: Willem-Jan Bijleveld, Raymond Boddenberg, Guido den Dekker, Carolyn Fung Fen Chung, Marita Hooegeveen en Valérie van 't Lam.

Bijzondere dank gaat uit naar mijn ouders voor hun niet aflatende belangstelling voor mijn promotieonderzoek en de voortgang daarvan.

Ten slotte nog een korte toelichting op de inhoud. In dit boek komen meerdere rechtsgebieden bijeen. Niet alleen aspecten van het milieu- en bestuursrecht, maar ook aspecten van het aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht en faillissements-

recht komen aan de orde. Het proefschrift omvat daardoor een breed scala aan onderwerpen, welke alle evenwel gevat kunnen worden onder het centrale onderzoeksthema ‘bedrijfsovername en milieurecht’. Het boek is zodanig opgezet, dat in de meeste hoofdstukken afzonderlijk een apart onderwerp wordt behandeld, en de hoofdstukken ook gemakkelijk apart van de andere hoofdstukken kunnen worden gelezen. Een uitzondering op deze systematiek vormen de hoofdstukken 4 en 5 met betrekking tot het onderzoek verricht in de Verenigde Staten, welke twee hoofdstukken in onderlinge samenhang moeten worden gelezen. In elk hoofdstuk worden tevens verwijzingen en handreikingen gegeven voor de rechtspraak, en aanbevelingen voor de wetgever ten aanzien van mogelijke wetswijzigingen. De tekst is afgesloten per 1 augustus 2008.

Rik Mellenbergh

Amsterdam, 16 december 2008

## Afkortingenregister

AB	Administratiefrechtelijke Beslissingen
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AGRvS	Afdeling Geschillen van bestuur van de Raad van State
Art.	Artikel(en)
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Bor	Besluit omgevingsrecht
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CV	Commanditaire vennootschap
CERCLA	Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act
curator qualitate qua	Curator q.q.
CDEP	Department of Environmental Protection van de Staat Connecticut
NJDEP	Department of Environmental Protection van de staat New Jersey
ECRA	Environmental Cleanup Responsibility Act
EPA	Environmental Protection Agency
EESC	Europees Economisch en Sociaal Comité
EVOA	Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen
Fw	Faillissementswet
HSAC	Hazardous Substance Account Act
HR	Hoge Raad
i.c.	In casu
ISRA	Industrial Site Recovery Act
IBS	Interim Wet Bodemsanering
Ivb	Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer
IPPC-richtlijn	Integrated Pollution Prevention and Control richtlijn
KB	Koninklijk Besluit
LEP's	Licensed Environmental Professionals
M&R	Milieu & Recht
NV	Naamloze Vennootschap
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
par.	Paragraaf/paragrafen
r.o.	Rechtsoverweging(en)



RPTL	Responsible Property Transfer Law
vof	Vennootschap onder firma
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbb	Wet bodembescherming
WED	Wet op de Economische Delicten
Whh	Wet op de waterhuishouding
Wm	Wet milieubeheer

## Inhoudsopgave

<b>Voorwoord</b>	V
<b>Afkortingenregister</b>	VII
<b>1 Inleiding; onderwerpen van onderzoek</b>	1
1.1 Onderwerpen van onderzoek; maatschappelijke en juridische relevantie van het onderzoek	1
1.2 Onderzoeksthema's	8
1.3 Verantwoording van het onderzoek uitgevoerd in de Verenigde Staten; interviews	15
<b>2 Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer vergeleken met ondernemingsrechtelijke constructies (rechtspersonen), en de consequenties in geval van een bedrijfsovername</b>	19
2.1 Inleiding	19
2.1.1 Algemeen; onderzoeksvragen	23
2.1.2 Het rechtskarakter van de Wm-vergunning	
2.2 De begrippen inrichting en drijver in de Wm; het begrip exploitant in diverse Europese milieuriichtlijnen	26
2.2.1 Algemeen	26
2.2.2 De zinsnede 'eenzelfde onderneming of instelling' in artikel 1.1 lid 4 Wm	35
2.2.3 Het begrip exploitant in drie Europese richtlijnen	38
2.2.4 De drijver van de inrichting	42
2.3 Complicaties ten aanzien van de definitie van de inrichting in artikel 1.1 lid 4 Wm	43
2.4 Overname van een gedeelte van de inrichting/onderneming en de juridische (af)splitsing	53
2.4.1 Inleiding	53
2.4.2 Een gedeeltelijke activa/passivatransactie en/of gedeeltelijke verhuur van de inrichting	54
2.4.3 De juridische (af)splitsing	57
2.4.4 Wijziging van een inrichting waarvoor een persoonsgebonden Wm-vergunning is verleend	58
2.5 De juridische fusie	59
2.6 De aandelentransactie en het zogenaamde verticale mededrijverschap	61

2.7	Vereenvoudiging van het Wm-vergunningstelsel naar aanleiding van een privaatrechtelijke transactie die mede effect heeft op de omvang van de inrichting	63
2.8	Contractuele oplossingen in verband met de omvang van de inrichting en de zeggenschapsverhoudingen binnen die inrichting na het plaatsvinden van de bedrijfsovername	66
2.8.1	Algemeen	66
2.8.2	Contractuele vrijwarings en garanties in het overnamecontract	67
2.8.3	De huurovereenkomst	68
2.8.4	Andere overeenkomsten en rechten: (erf)pacht, vruchtgebruik en opstalrecht	70
2.9	Bevindingen	72
<b>3</b>	<b>Bodemverontreiniging en bedrijfsovernames in Nederland</b>	<b>75</b>
3.1	Inleiding	75
3.2	Geschiedenis van de totstandkoming van de bodembeschermingsregeling in de Wbb in vogelvlucht	77
3.3	De verantwoordelijkheid voor bodemsanering voortvloeiende uit de Wbb	83
3.3.1	Inleiding	83
3.3.2	De bodemsaneringsplicht voor niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters: artikel 55b Wbb	85
3.3.2.1	Wat houdt de bodemsaneringsplicht voor de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter op grond van artikel 55b Wbb precies in?	85
3.3.2.2	Bedrijfsovername, garantstelling en de wettelijke saneringsplicht van artikel 55b Wbb	90
3.3.2.3	Mogelijkheden tot ontduiking van artikel 55b Wbb	93
3.3.2.4	Ontbinding en vereffening van de rechtspersoon waarop een wettelijke saneringsplicht ex artikel 55b Wbb rust	96
3.3.2.5	Is de vervreemdende eigenaar of erfpachter belanghebbende bij het besluit van Gedeputeerde Staten ten aanzien van de financiële zekerheidstelling van de opvolgende eigenaar of erfpachter?	97
3.3.2.6	Overgang subsidie	98
3.3.3	Onderzoeks- en beveiligingsbevel	98
3.3.4	De artikelen 63k Wbb, 46 Wbb en 11, 17 en 18 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering	100
3.3.5	De aandelentransactie	110
3.3.6	De activa/passivatransactie	110
3.3.7	Overdracht van economische eigendom	113
3.3.8	De juridische fusie en (af)splitsing	115
3.4	Kostenverhaal na bodemsanering door de overheid	120
3.4.1	Kostenverhaal door de overheid via de onrechtmatige daadsactie (artikel 75 leden 1 en 6 Wbb jo. de artikelen 6:162 en 6:163 BW)	120

3.4.2	Kostenverhaal door de overheid via de ongerechtvaardigde verrijkingsactie (artikel 75 lid 3 Wbb jo. artikel 6:212 BW); beleid van de overheid	130
3.4.3	Samenloop van kostenverhaal op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking	139
3.4.4	De ongerechtvaardigde verrijkingsactie in het privaatrecht en in de Wbb met elkaar vergeleken	140
3.4.4.1	Ongerechtvaardigde verrijking en de door de ongerechtvaardigd verrijkte betaalde koopprijs. De redelijkheid en billijkheid van de ongerechtvaardigde verrijkingsactie	141
3.4.4.2	De ongerechtvaardigde verrijkingsactie: een vergeleken de onrechtmatige daadsactie subsidiaire (achtergestelde) verhaalsmogelijkheid?	146
3.4.4.3	Differentiatie tussen de ongerechtvaardigde verrijkingsactie van artikel 75 lid 3 Wbb en van artikel 6:212 BW?	150
3.4.4.4	Tussenconclusies	152
3.5	Ontwikkelingen op het gebied van het bodembeschermingsrecht en verantwoordelijkstelling voor bodemverontreiniging in de Europese Unie	153
3.5.1	Voorstel voor een nieuwe Europese Kaderrichtlijn Bodem	153
3.5.2	De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid	159
3.5.3	Een voorbeeld uit de Europese jurisprudentie: de Texaco-uitspraak van het Europese Hof van Justitie	160
3.6	Bevindingen	163
<b>4</b>	<b>Overdracht van verontreinigde (industrie)terreinen: een onderzoek naar de zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in enkele staten in de Verenigde Staten en in Vlaanderen</b>	<b>167</b>
4.1	Inleiding	167
4.2	Verantwoording en reikwijdte van het onderzoek in de Verenigde Staten en Vlaanderen	170
4.3	De verhouding statelijk recht – federaal recht binnen de Verenigde Staten	173
4.4	New Jersey: de Industrial Site Recovery Act (ISRA)	175
4.4.1	Een stapje terug in de geschiedenis: New Jersey's Environmental Cleanup Responsibility Act (ECRA) uit 1983	177
4.4.1.1	De hoofdlijnen van ECRA	177
4.4.1.2	De kritiek op, en de tekortkomingen van, ECRA gedurende de eerste 10 jaar van haar bestaan	179
4.4.2	De thans in New Jersey geldende Industrial Site Recovery Act (ISRA)	182
4.4.2.1	Algemeen	182
4.4.2.2	Wanneer is ISRA toepasselijk?	183
4.4.2.3	De ISRA procedures	187
4.4.2.4	Uitzonderingen op de (standaard) ISRA procedure	191
4.4.2.5	Faillissementssituaties en ISRA	195
4.4.2.6	Sancties op overtreding van de bepalingen van ISRA	197
4.4.3	Tussenconclusie: ISRA is een ingewikkelde wet, maar inmiddels wel duidelijk geformuleerd	198

4.5	Connecticut: de Transfer Act (TA)	199
4.5.1	Inleiding	199
4.5.2	Inhoud en systeem van de Transfer Act	200
4.5.3	Tussenconclusie: Connecticut's Transfer Act biedt de partijen betrokken bij een transfer een redelijke mate van vrijheid van handelen, en is minder strikt in vergelijking tot New Jersey's ISRA	209
4.6	Iowa: overdracht van een hazardous waste or hazardous substance disposal site opgenomen in een speciaal register	209
4.7	Enige andere staten binnen de Verenigde Staten waarin een transfer triggered environmental act toepasselijk is met daarin alleen een mededelingsplicht voor de verkoper (transferor)	210
4.7.1	California: de Hazardous Substance Account Act (HSAA), onderdeel van de California Health and Safety Code	211
4.7.2	Indiana: de Responsible Property Transfer Law (RPTL)	214
4.7.3	Michigan: de Natural Resources and Environmental Pollution Control Act	215
4.7.4	Oregon: Environmental Cleanup Law	216
4.7.5	Pennsylvania: Solid Waste Management	216
4.7.6	West Virginia: de Hazardous Waste Management Act	217
4.8	Federale wetgeving in de Verenigde Staten met betrekking tot bodemverontreiniging en verkoop van grond: CERCLA	217
4.9	Het Vlaams Bodemdecreet	219
4.9.1	Inleiding	219
4.9.2	Systematiek, inhoud en reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet	221
4.9.3	Tussenconclusie: Vlaanderen kent via het Vlaams Bodemdecreet sinds 1995 een met de Amerikaanse transfer triggered environmental acts vergelijkbare wettelijke bodemonderzoeks- en bodemsaneringsregeling	233
4.10	Analyse van de transfer triggered environmental acts zoals thans geldig in enkele staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen	234
4.10.1	Algemeen	234
4.10.2	Is een transfer triggered environmental act per definitie ongunstig voor het bedrijfsleven?	235
<b>5</b>	<b>Analyse van de transfer triggered environmental acts en de mogelijke invoering van soortgelijke wetgeving in Nederland en in de Europese Unie</b>	<b>239</b>
5.1	Inleiding	239
5.2	Invoering van een transfer triggered milieuwet in Nederland en de Europese Unie	240
5.2.1	Effecten van de invoering van een transfer triggered milieuwet	240
5.2.2	Mogelijke nadelen verbonden aan de introductie van een transfer triggering milieuwet	246
5.3	Is invoering van een transfer triggered milieuwet in Nederland of in de Europese Unie een serieuze overweging waard, en zo ja, onder welke omstandigheden en in welke vorm?	251

5.3.1	Algemeen	251
5.3.2	Plaats in de wet van de environmental transfer trigger	253
5.3.3	Verhouding tot andere (milieu)wetten	254
5.3.4	Formulering van de definities in de wet	254
5.3.5	Toepasselijke procedures	255
5.3.6	Flexibiliteit van de wet	256
5.3.7	Toezicht op de naleving van de transfer triggered milieuwet en de uit die wet voortvloeiende verplichtingen	256
5.3.8	Mogelijkheden van bezwaar en beroep tegen beschikkingen van het bevoegd gezag	263
5.3.9	Sancties op niet naleving van de wet	263
5.4	Invoering van een transfer triggered milieuwet zoals hiervoor beschreven: wat zijn de mogelijke consequenties voor de overname-praktijk?	264
5.5	Invoering van een wettelijke mededelingsplicht van de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger met betrekking tot de (mogelijke) aanwezigheid van bodemverontreiniging	265
5.6	Transfer triggered milieuwetgeving toepasselijk op andere situaties dan bodemverontreiniging?	270
5.7	Bevindingen en conclusies naar aanleiding van de analyse van transfer triggering milieuwetgeving	272
<b>6</b>	<b>Bedrijfsovernames en aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater; de overdracht van emissierechten</b>	<b>277</b>
6.1	Inleiding	277
6.2	Bedrijfsovername en verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater	280
6.2.1	Diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem of het grondwater	280
6.2.2	Aansprakelijkheidstelling voor veroorzaking van oppervlaktewater-verontreiniging	281
6.2.3	Bedrijfsovernames en oppervlaktewaterverontreiniging	292
6.2.4	Verschillende wijzen van bedrijfsovername	295
6.3	Het systeem van emissiehandel in Nederland	297
6.3.1	Emissiehandel: algemeen	298
6.3.2	De overdracht van broeikasgasemissierechten (CO <sub>2</sub> )	299
6.3.3	De overdracht van NO <sub>x</sub> -emissierechten	303
6.3.4	Overdracht van emissierechten in het kader van een bedrijfsovername	303
6.3.4.1	De overdracht van broeikasgasemissierechten (CO <sub>2</sub> )	303
6.3.4.2	De overdracht van NO <sub>x</sub> -emissierechten	306
6.4	Overgang van de benodigde vergunningen	307
6.5	Bevindingen	308

<b>7</b>	<b>Civielrechtelijke aspecten met betrekking tot aansprakelijkheid voor milieuschade in geval van bedrijfsovernames</b>	<b>311</b>
7.1	Inleiding	311
7.2	Het milieu due diligence onderzoek	313
7.2.1	Wetenschap van de bodemverontreiniging op het moment van verkrijging en verhaalsacties van de sanerende en handhavende overheid (bevoegd gezag)	313
7.2.2	Reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten van de koper en verkoper ten aanzien van bodemverontreiniging	317
7.2.3	Mogelijke oplossing: invoering van een transfer triggered milieuwet	331
7.2.4	De onderwerpen waarop het milieu due diligence, waaronder het bodemonderzoek, zich kunnen richten	332
7.3	De aandelentransactie, de activa/passivatransactie, de juridische fusie of (af)splitsing en de juridische herstructurering: verschillende benaderingen?	337
7.3.1	De aandelentransactie	337
7.3.2	De activa/passivatransactie	338
7.3.3	De juridische fusie en (af)splitsing	339
7.3.4	Joint ventures: gezamenlijke bodemsanering	344
7.3.5	De juridische herstructurering van een rechtspersoon in financiële moeilijkheden	345
7.3.6	Ontbinding en vereffening van een vennootschap	347
7.4	Ongerechtvaardigde verrijking	347
7.5	Het recht van erfpacht en aansprakelijkheid van bodemverontreiniging	351
7.5.1	De verbintenisrechtelijke verhoudingen tussen de erfpachter en de (bloot) eigenaar	351
7.5.2	Erfpacht en bodemverontreiniging	353
7.5.3	Erfpacht en oppervlaktewaterverontreiniging; opvolgend erf(ver)pachter	358
7.6	Mogelijk alternatief: huur in plaats van koop	361
7.6.1	Algemeen: aansprakelijkheid van de huurder of verhuurder voor bodemverontreiniging?	361
7.6.2	Huur en bodemverontreiniging: beschrijving van het gehuurde	364
7.6.3	Opvolgend huurder; indeplaatsstelling	369
7.6.4	Bodemsanering door de verhuurder	374
7.6.5	Huur en aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater	377
7.7	Mogelijk alternatief: vestiging van het recht van opstal in plaats van koop	381
7.7.1	Algemeen	381
7.7.2	Recht van opstal, bedrijfsovername en bodemsanering	383
7.7.3	Opstalrecht en oppervlaktewaterverontreiniging	385
7.8	Bevindingen; voorstellen en suggesties voor de praktijk	386
7.8.1	Bevindingen	386
7.8.2	Voorstellen en suggesties voor de praktijk	389

<b>8</b>	<b>Verantwoordelijkheid van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van rechtspersonen met betrekking tot voorkoming en herstel van milieuschade</b>	<b>391</b>
8.1	Inleidende opmerkingen; onderwerp van onderzoek	391
8.2	Het verantwoordelijk houden van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van een rechtspersoon in geval van overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften	394
8.2.1	Last onder dwangsom en kostenverhaal na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang: overtrederschap	395
8.2.2	Europese richtlijnen die mede betrekking hebben op milieurechtelijke verplichtingen van bestuurders en/of aandeelhouders	409
8.2.3	Verantwoordelijkheden van bestuurders van rechtspersonen voortvloeiende uit de Wbb	14
8.3	Bestuurdersaansprakelijkheid in (algemene) ondernemings- en civielrechtelijke context	417
8.3.1	Interne bestuurdersaansprakelijkheid	417
8.3.2	Externe bestuurdersaansprakelijkheid; indirecte doorbraak van aansprakelijkheid	420
8.3.3	Externe bestuurdersaansprakelijkheid; vereenzelviging (directe doorbraak van aansprakelijkheid) en concernrelaties	424
8.3.4	Aansprakelijkstelling van de enig of groot aandeelhouder?	427
8.4	Analyse: de bestuurder en/of (enig of groot) aandeelhouder van de rechtspersoon als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften	429
8.5	Bestuurders- een aandeelhoudersaansprakelijkheid voortvloeiende uit de Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)	435
8.5.1	Inleiding	435
8.5.2	Korte schets van de historie van de totstandkoming en inhoud van CERCLA	436
8.5.3	Potentieel aansprakelijke personen onder CERCLA (potentially responsible parties)	439
8.5.4	Aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als aandeelhouder onder CERCLA	441
8.5.5	Aansprakelijkheid van een bestuurder van de rechtspersoon als operator van de facility onder CERCLA	447
8.5.6	Aansprakelijkheid van aandeelhouders, natuurlijke personen, als operator onder CERCLA	450
8.5.7	Aansprakelijkheid van kredietverschaffers onder CERCLA (lender liability)	451
8.6	Slotanalyse en conclusies	456
8.6.1	De bestuurder van de rechtspersoon als (mede) overtreder	456
8.6.2	De enig of groot aandeelhouder als (mede) overtreder	457
8.6.3	CERCLA en operator liability; omstandigheden die een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een operator in de zin van CERCLA in vergelijking met de situatie in Nederland	459



<b>9</b>	<b>Faillissement, milieurecht en de rol van de faillissementscurator; financiële zekerheidstelling</b>	<b>461</b>
9.1	Inleiding; onderwerpen van onderzoek	461
9.2	De koop van activa uit de faillissementsboedel; de doorstart van de onderneming na faillietverklaring; verantwoordelijkheid voor de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften	462
9.2.1	Koop van activa uit de faillissementsboedel; de doorstart van de onderneming na faillietverklaring	462
9.2.2	Specifieke problemen wat betreft de verantwoordelijkheid voor milieuverontreiniging en de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften	463
9.3	De faillissementscurator en het milieurecht	465
9.3.1	Maatschappelijke rol en de daaruit voortvloeiende plichten en mogelijke verantwoordelijkheden van de curator naar Nederlands recht	465
9.3.2	De faillissementscurator als drijver van de inrichting en als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften	469
9.3.3	De faillissementscurator en zijn rol als verkoper van een perceel grond uit de faillissementsboedel	474
9.3.4	De curator en zijn rol als drijver en verkoper van de onderneming/inrichting van de gefailleerde going concern	477
9.4	De positie van de overheid bij het faillissement van de verantwoordelijke rechtspersoon/drijver van de inrichting	479
9.4.1	De overheid en haar rol als rechtshandhaver en als schuldeiser in faillissement	479
9.4.2	Financiële zekerheidstelling ten gunste van het bevoegd gezag ten aanzien van het nakomen van de milieu(vergunnings)voorschriften	481
9.4.3	Analyse van de regelgeving met betrekking tot financiële zekerheidstelling	486
9.4.4	Amerikaans faillissementsrecht en specifieke milieu gerelateerde zekerheidsrechten (environmental (super)liens) in de Verenigde Staten	496
9.4.5	Hoe te oordelen indien er geen financiële zekerheidstelling is bedongen of de financiële zekerheid geen zekerheid blijkt te bieden?	509
9.5	Slotanalyse en conclusies	517
9.5.1	De koper van activa uit de faillissementsboedel	517
9.5.2	De rol en mogelijke verantwoordelijkheid van de faillissementscurator voor de nakoming van milieu(vergunnings)voorschriften die zich richten tot de faillissementsboedel	517
9.5.3	De positie van de overheid in geval van faillissement van de verantwoordelijke rechtspersoon/drijver van de inrichting	519
9.5.4	Amerikaans recht: wettelijke milieu supervoorrechten ten behoeve van de sanerende overheid en de plicht van de gefailleerde tot openbaarmaking van milieugerelateerde problemen	520

<b>10</b>	<b>Slotanalyse: samenkomst van het milieu- en bestuursrecht en het privaatrecht</b>	523
10.1	Het snijvlak tussen het milieu- en bestuursrecht en het privaatrecht	523
10.2	Het houden van toezicht op de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften: Licensed Environmental Professionals	527
10.3	Overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften	528
10.4	Contractuele aspecten ten aanzien van het verantwoordelijk stellen voor milieuschade	530
10.5	Milieulast voor het bedrijfsleven en de bescherming van het milieu en de leefomgeving	530
10.6	Fondsvorming	531
10.7	Slot	532
<b>11</b>	<b>Samenvatting</b>	533
11.1	Het begrip inrichting in de zin van de Wm, het drijverschap over de inrichting en bedrijfsovernames (hoofdstuk 2)	534
11.2	Verantwoordelijkheidstelling met betrekking tot sanering van bodemverontreiniging en het uitvoeren van een bodemonderzoek (hoofdstuk 3)	537
11.3	Introdactie van een zogenaamde transfer trigger in het milieurecht/ bodembeschermingsrecht en de Licensed Environmental Professional (hoofdstukken 4 en 5)	541
11.4	Aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater (hoofdstuk 6)	546
11.5	De emissiehandel en de overdracht van emissierechten (hoofdstuk 6)	547
11.6	Contractuele aspecten ten aanzien van milieu issues in het kader van privaatrechtelijke transacties (hoofdstuk 7)	548
11.7	Het verantwoordelijk stellen van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen in het milieu- en bestuursrecht vergeleken met de aansprakelijkheidstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen in het privaatrecht (hoofdstuk 8)	548
11.8	Faillissementssituaties en milieurecht (hoofdstuk 9)	550
	<b>English summary</b>	555
	<b>Bijlage</b>	565
	Gedeeltelijke wetsteksten van de transfer triggered environmental acts toepasseljk in New Jersey, Connecticut, Iowa, California, Indiana, Michigan, Oregon, Pennsylvania en West-Virginia	565
1.1	Transfer triggered environmental acts met daarin een onderzoeks- en saneringsplicht:	566
A.	New Jersey	566
B.	Connecticut	623
C.	Iowa	637

1.2 Transfer triggered environmental acts met daarin alleen een mededelingsplicht van de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger:	638
D. California	638
E. Indiana	641
F. Michigan	645
G. Oregon	645
H. Pennsylvania	647
I. West-Virginia	648
<b>Literatuurlijst</b>	649
<b>Jurisprudentieregister</b>	673
<b>Kamerstukkenregister</b>	681
<b>Trefwoordenregister</b>	687
<b>Wetsartikelenregister</b>	691

# 1 Inleiding; onderwerpen van onderzoek

## 1.1 Onderwerpen van onderzoek; maatschappelijke en juridische relevantie van het onderzoek

Wet- en regelgeving spelen in meer of minder ontwikkelde vorm wereldwijd reeds lange tijd een belangrijke rol in onderling zeer van elkaar verschillende samenlevingen. Telkens blijkt weer dat veranderende (maatschappelijke) omstandigheden vragen om nieuwe of aangepaste wetten en regels. In dit proefschrift komen twee rechtsgebieden samen waarbinnen zich de afgelopen decennia belangrijke wijzigingen hebben voorgedaan: enerzijds aspecten van het milieu- en bestuursrecht, en anderzijds aspecten van het privaatrecht. Zowel het begrip ‘milieu’ als het fenomeen ‘bedrijfsovernames’ heeft sinds de jaren '60 van de twintigste eeuw in toenemende mate maatschappelijke aandacht gekregen in Nederland en daarbuiten. Het milieurecht heeft in Nederland de afgelopen decennia een snelle ontwikkeling doorgemaakt, en heden ten dagen kan worden vastgesteld dat het zich een eigen positie binnen het Nederlandse (bestuurs)recht heeft verworven.<sup>1</sup> Opmerking verdient dat deze ontwikkeling gedeeltelijk haar oorsprong vindt in nieuwe regelgeving uitgevaardigd op Europees niveau. Juist het milieurecht mag zich immers verheugen op grote belangstelling vanuit de Europese Unie en haar regels stellende en rechtsprekende instellingen.

### *Onderwerpen van het promotieonderzoek*

De juridische problemen die in dit promotieonderzoek worden besproken en geanalyseerd zijn niet gemakkelijk in enkele woorden te beschrijven. De onderwerpen en onderzoeksvragen die onderdeel uitmaken van het promotieonderzoek kunnen als volgt worden samengevat:

---

<sup>1</sup> Zie voor een historisch overzicht van de regelgeving met betrekking tot bescherming van de bodem in Nederland H.G. von Meijenfeldt, *De wettelijke regeling van de bodemsanering, Teksten en toelichtingen bij de inbouw van de Interimwet bodemsanering in de Wet Bodembescherming*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1994, p. 31 e.v. Von Meijenfeldt gaat in op de ontwikkeling van de wet- en regelgeving in Nederland ten aanzien van bodemverontreiniging en andere milieuverontreinigingen gedurende de 19<sup>e</sup> en 20<sup>ste</sup> eeuw. Deze ontwikkeling is tot de jaren '60 van de 20<sup>ste</sup> eeuw nog beperkt te noemen. Zie voor een historisch overzicht ook par. 3.2 hierna.

*Centraal in dit promotieonderzoek staat de situatie waarin een bedrijfsovername plaatsvindt en waarbij mogelijk sprake is van de overgang van milieurechtelijke verplichtingen, verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van de rechtsvoorganger op de rechtsopvolger. In het milieu- en bestuursrecht wordt vaak een ander begrippenkader gebruikt in vergelijking tot het privaatrecht. Daarbij is het milieu- en bestuursrecht meer gericht op handhaving en het opleggen van verplichtingen en verboden, terwijl het privaatrecht meer is gericht op het in goede banen leiden van de verhouding tussen private partijen. Onderzocht zal worden welke wettelijke en contractuele oplossingen mogelijk zijn. Tevens zal, daar waar relevant, Europese regelgeving ten aanzien van het milieu en de overgang van verantwoordelijkheid voor het ongedaan maken van milieuschade in het kader van een overdracht van de verontreinigde grond of een bedrijfsovername ter sprake komen.*

*In het kader van dit promotieonderzoek is tevens onderzoek verricht naar specifieke milieuwetgeving die van toepassing is in een aantal Amerikaanse Staten en in Vlaanderen. Op grond van deze wetgeving komen ten tijde van een bedrijfsovername of overdracht bepaalde milieurechtelijke verantwoordelijkheden en verplichtingen te rusten op de rechtsvoorganger of rechtsopvolger. De vraag waarop in dit boek wordt ingegaan is of, en zo ja onder welke omstandigheden, een zogenaamde transfer triggered environmental act ook in Nederland, of binnen de Europese Unie, zou kunnen worden ingevoerd.*

*In dit promotieonderzoek wordt voorts ingegaan op:*

- (1) de mogelijke persoonlijke verantwoordelijkheid van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van de voor de ontstane milieuschade verantwoordelijke rechtspersoon;*
- (2) de rol en verantwoordelijkheden op milieugebied van de faillissementscurator ten tijde van een faillissement; en*
- (3) financiële zekerheidstelling voor kosten te betalen naar aanleiding van veroorzaakte milieuschade.*

Ten aanzien van deze onderwerpen, is ook de situatie in de Verenigde Staten onderzocht. Enkele aspecten van de Amerikaanse wetgeving ten aanzien deze onderwerpen zijn wellicht interessant om in Nederland of de Europese Unie in te voeren. De onderwerpen (1) en (2) komen aan bod, aangezien ook in die situaties de verkoop van activa een rol van betekenis speelt. Onderwerp (1) speelt soms ook een rol in het kader van een bedrijfsovername, maar wordt in dit boek met name besproken omdat het een duidelijk verband legt tussen privaatrechtelijke aansprakelijkheidsvraagstukken (onrechtmatige daad) en bestuursrechtelijke handhaving (overtrederschap).

In dit boek wordt aandacht besteed aan zowel theoretische juridische vraagstukken als aan meer praktische juridische problemen met betrekking tot de verschillende hierboven geformuleerde onderzoeksvragen. Wat het meer praktische gedeelte van het onderzoek betreft, wordt verwezen naar met name hoofdstuk 7. In dat hoofdstuk wordt ingegaan op allerlei contractuele aspecten met betrekking tot milieuschade, zoals bodem- en oppervlaktewaterverontreiniging. Daarbij komen

onder andere de volgende onderwerpen aan de orde: het milieu due diligence onderzoek, waaronder het bodemonderzoek, bepalingen in het overnamecontract ten aanzien van aansprakelijkheid voor milieuschade, en mogelijke (contractuele) bepalingen dienaangaande in de huurovereenkomst, het recht van erfpacht en de erfpachtvoorwaarden, en het opstalrecht. Het onderzoek bevat geen rechtseconomische analyse van de probleemstelling, maar wel worden er soms enige rechts-economische opmerkingen geplaatst. Er is gekozen voor een materieelrechtelijke benadering en analyse van de in dit boek gesignaleerde juridische knelpunten.

Een onderneming heeft tevens een maatschappelijke functie in onze samenleving, en dient daarom niet alleen haar eigen belang na te streven, maar moet zich ook oriënteren op het algemene belang.<sup>2</sup> In de huidige tijd is één van deze door een onderneming te dienen algemene belangen de bescherming van ons (leef)milieu. Het algemene belang van de bescherming van het milieu komt tot uitdrukking in de uitgebreide wet- en regelgeving uitgevaardigd door de Nederlandse wetgever en de Europese Unie met betrekking tot het milieu. De meeste ondernemingen in Nederland hebben dan ook tegenwoordig in meer of mindere mate te maken met deze milieuregels.

Een bedrijfsovername zal regelmatig mede de overdracht van bepaalde activa en passiva omvatten waarbij het thema milieu een rol speelt. De rechtsopvolger neemt bijvoorbeeld van de rechtsvoorganger bestaande verplichtingen uit toepasselijke milieuvergunningen over, dan wel bestaande contractuele verplichtingen die betrekking hebben op milieu gerelateerde onderwerpen. Op de rechtsopvolger kunnen na de bedrijfsovername buitencontractuele verantwoordelijkheden of aansprakelijkheden – zoals een saneringsplicht voortvloeiende uit de Wet bodembescherming (Wbb) voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, of aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking – komen te rusten vanwege aanwezige bodemverontreiniging. Het thema milieu kan leiden tot aanpassingen van bepalingen in het koopcontract, aanpassing van de wijze waarop de bedrijfsovername juridisch wordt vorm gegeven – bijvoorbeeld: een activa/passivatransactie in plaats van een aandelentransactie, of het sluiten van een huurovereenkomst of het vestigen van een opstalrecht – of bijstelling van de te betalen koopprijs. In het ongunstigste geval kan zelfs door de potentiële overnemer worden besloten de bedrijfsovername vanwege de geconstateerde milieuproblemen geen doorgang te laten vinden.

---

<sup>2</sup> Zie in deze zin ook Asser/Maeijer, deel 2-III, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: tweede druk, 2000, nr. 18 (p. 28).

*Maatschappelijke relevantie van dit promotieonderzoek*

Bodemsanering en de reiniging van vervuild oppervlakte- en grondwater kan een kostbare aangelegenheid zijn. Als voorbeeld kan worden genoemd de naar schatting 60 000 tot 65 000 ernstig vervuilde locaties in Nederland die in de toekomst waarschijnlijk zullen moeten worden gesaneerd. In totaal zijn er ongeveer 600 000 verontreinigde locaties in Nederland. De totale saneringskosten ten aanzien van bodemverontreiniging in Nederland zijn door het ministerie van VROM tot het jaar 2030 beraamd op ongeveer 20 miljard euro.<sup>3</sup> Daarnaast is Nederland een waterrijk land, en verontreiniging van oppervlaktewater kan daarom grote gevolgen voor de (nabije) omgeving van dat oppervlaktewater met zich meebrengen.

Vanwege de potentieel hoge saneringskosten moeten bedrijven, bestuurders van rechtspersonen en anderen, zoals de faillissementscurator, heden ten dage alert zijn met betrekking tot aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid<sup>4</sup> voor milieuschade en de bijbehorende saneringskosten. Zij dienen rekening te houden met omvangrijke milieuwetgeving en de mogelijkheid om door de overheid verantwoordelijk te worden gehouden voor het herstellen van milieuschade. Ook daarbij blijkt, dat partijen via het privaatrecht hun milieurechtelijke verantwoordelijkheden gedeeltelijk kunnen inkleuren.

Als gevolg van het toenemende aantal bedrijfsovernames, hebben ook veel advocaten- en accountantskantoren tegenwoordig specialisten in dienst die zich bezig houden met het uitvoeren van een juridisch en financieel onderzoek – naar Anglo-Amerikaans voorbeeld vaak due diligence onderzoek genaamd – naar alle onderdelen van de over te nemen onderneming, het opstellen van overnamecontracten en het geven van adviezen ten aanzien van bedrijfsovernames. Voorts richten gespecialiseerde milieuconsultancybureaus zich op het milieutechnische onderzoek. Een bijzonder aspect van hedendaagse bedrijfsovernames is dat zij vaak een internationaal karakter hebben en plaatsvinden in zeer diverse bedrijfstakken. Als voorbeelden kunnen worden genoemd de vorming van internationaal opererende voedingsconcerns, oliemaatschappijen en autofabrikanten. Bij elke bedrijfstak is

3 *Kamerstukken II*, 32, 8 december 2004, Bodemsaneringen, p. 32-2137 tot en met p. 32-2140 en *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2004-2005, 29 462, D, Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, p. 8. De aanduiding 'ernstig vervuild' betekent niet dat er altijd een direct gevaar bestaat voor mensen. De streefwaarden voor de bodem zijn vastgesteld met als leidende gedachte dat alle organismen, dus ook planten en ondergronds levende dieren, daarin goed kunnen leven. Zie over bodemsanering in Nederland ook het artikel van H. Leenaers, 'Stop de pompen, bodembacteriën maken verontreinigd grondwater weer schoon', *NRC Handelsblad* van 1 en 2 september 2007, p. 41.

4 In dit boek wordt in het vervolg gesproken over verantwoordelijkheid en verantwoordelijkstelling indien het gaat om situaties waarin het bevoegd gezag via het milieu- en bestuursrecht burgers en bedrijven aanspreekt tot herstel van milieuschade. De termen aansprakelijkheid en aansprakelijkstelling wordt hierna alleen gebruikt in civielrechtelijke context, bijvoorbeeld in geval van een onrechtmatige daadsactie, zie artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Voor dit onderscheid is gekozen aangezien er een wezenlijk juridisch verschil is tussen enerzijds civielrechtelijk aansprakelijkstelling, en anderzijds de mogelijkheden van het bevoegd gezag om bijvoorbeeld een overtreder van milieuregels via het bestuursrecht aan te spreken.

het potentiële milieurisico verschillend. Bij sommige bedrijfstakken speelt milieu-problematiek niet of nauwelijks.<sup>5</sup>

*Op welk soort bedrijven richten de onderwerpen van dit proefschrift zich?*

Ten eerste past het hier om enige nuances te maken ten aanzien van de meer algemene reikwijdte van de in dit boek besproken onderwerpen. De in dit boek besproken en geanalyseerde juridische onderwerpen hebben vooral betrekking op bedrijven die zijn gericht op het produceren van goederen, of die werken met gevaarlijke (afval)stoffen en middelen. De onderwerpen richten zich derhalve op de meer traditionele industriële bedrijven en op bepaalde midden- en kleinbedrijven. Denk daarbij aan fabrieken, werkplaatsen, tankstations, afvalverwerkingsbedrijven, wasserettes, loodsen, et cetera. Tijdens de activiteiten verricht door dergelijke bedrijven kan immers verontreiniging van de omgeving ontstaan: bodemverontreiniging, verontreiniging van oppervlaktewater en waterbodan en luchtverontreiniging. De veroorzaakte milieuverontreiniging kan een gevaar vormen voor de gezondheid van mensen, dieren en planten die mogelijkwijze in aanraking komen met deze verontreiniging.

Daarnaast bestaat het belangrijke probleem van historisch – dat wil zeggen in een (ver) verleden – veroorzaakte bodemverontreiniging. Zoals gezegd, bevinden er zich vele ernstig verontreinigde locaties in Nederland. De veroorzakers van deze historisch veroorzaakte bodemverontreiniging zijn vaak niet meer te achterhalen of zijn inmiddels verdwenen – ontbonden als rechtspersoon of overleden als natuurlijk persoon – zodat dit probleem komt te rusten op de schouders van de huidige generatie eigenaren en erfpachters van de grond. Dit probleem van wijd verspreide ernstige bodemverontreiniging in Nederland hangt niet altijd samen met de thans nog aanwezige meer traditionele industrie in Nederland, maar kan ook betrekking hebben op bijvoorbeeld locaties in oude stadscentra die soms al in de zeventiende of achttiende eeuw zijn verontreinigd. Bijvoorbeeld vanwege am-

---

<sup>5</sup> Zie het nieuwsbericht van 28 mei 2004 op [www.nivra.nl](http://www.nivra.nl) getiteld 'Milieu steeds vaker struikelblok bij overname'. Zie voorts het bericht gepubliceerd op 27 mei 2004 op de website van KPMG ([www.kpmg.nl](http://www.kpmg.nl)) getiteld 'Onverwachte milieuproblemen steeds vaker struikelblok bij overname, Overnames door bedrijven lopen steeds vaker stuk op milieuproblemen bij de overnamekandidaat'. Zie: KPMG, *Transaction Services, Impact – A survey on environmental due diligence*, mei 2004. Hoewel er op het gebied van milieurecht en bedrijfsovernames in Nederland en Europa tot dusverre niet veel empirisch onderzoek is verricht, is het wel mogelijk om een indicatie te geven met betrekking tot de omvang van het belang van milieugerelateerde problemen tijdens een bedrijfsovername. Accountantskantoor KPMG heeft in 2004 een enquête gehouden onder een aantal van de 500 grootste Europese ondernemingen. Uit de resultaten van deze enquête kwam naar voren dat er bij bedrijfsovernames soms slordig naar milieurisico's wordt gekeken. De juridische en technische aard van de milieuonderzoeken brengt volgens dit KPMG onderzoek met zich mee dat niet altijd streng genoeg naar de gevolgen voor de onderneming wordt gekeken. Bovendien worden de due diligence specialisten vaak pas ingehuurd tijdens het eindstadium van een bedrijfsovername. De overnemende bedrijfsleiding leeft dan al sterk toe naar het sluiten van het overnamecontract. Een technisch onderzoek wordt in dat stadium meestal zo gunstig mogelijk geïnterpreteerd, en geconstateerde problemen worden door de koper vaak opgelost door middel van het verlagen van de koopprijs. Conclusie van het onderzoek van KPMG is dat environmental due diligence ten tijde van een bedrijfsovername niet altijd (goed) wordt uitgevoerd, en de problemen op het terrein van het milieu niet altijd aan de oppervlakte komen op het moment van bedrijfsovername.



bachtswerkzaamheden of vroege industrialisatie die vaak nog plaatsvond binnen de stadsgrenzen. Te denken valt ook aan voormalige industrieterreinen, bijvoorbeeld op terreinen waarop voorheen gas- en textielfabrieken waren gevestigd. Zeker in de periode tot 1970 was er maatschappelijk gezien weinig belangstelling voor de schadelijke gevolgen van bepaalde bedrijfsactiviteiten voor de leefomgeving en het milieu. Alhoewel opgemerkt moet worden dat historisch onderzoek uitwijst dat het lokale bevoegd gezag (een stadsbestuur) zich ook in voorgaande eeuwen soms al bezig hield met dergelijke problemen. Zie voor enkele historische voorbeelden par. 3.2.

Duidelijk is dat deze traditionele, producerende, industrie zich de laatste decennia gedeeltelijk heeft verplaatst vanuit West-Europa naar zich snel ontwikkelende landen zoals China en India, maar ook naar Oost-Europese landen. Datzelfde geldt in iets mindere mate voor de traditionele producerende industrie aanwezig in de Verenigde Staten. De Nederlandse en andere West-Europese industrieën richten zich tegenwoordig steeds meer op zogenaamde dienstverlenende activiteiten, zoals bancaire en verzekeringsactiviteiten, nieuwe technologieën en de ontwikkeling van bijvoorbeeld computersoftware. In dergelijke bedrijfstakken heeft de producerende factor niet zozeer betrekking op het maken of produceren van producten, maar meer op (technische) kennis en ontwikkeling, bij welke activiteiten niet zo snel sprake zal zijn van verontreiniging van het milieu. Gevolg van deze ontwikkeling is dat voor dit soort bedrijven het thema milieu een veel minder belangrijke rol speelt, en milieu(rechtelijk) gerelateerde onderwerpen dus ook niet in belangrijke mate terugkeren ten tijde van een bedrijfsovername. Dit is een belangrijke constatering, die het belang van de in dit boek besproken onderwerpen relatieveert. Wel kan worden geconstateerd dat Nederland een transportland is, denk bijvoorbeeld aan de havens in Rotterdam en Amsterdam en de luchthaven Schiphol, waarbij veel voor het milieu gevaarlijke stoffen worden opgeslagen of vervoerd. Tijdens deze vervoersactiviteiten of het opslaan van gevaarlijke stoffen kan verontreiniging ontstaan. Daarnaast zijn er tegenwoordig nog altijd van belang zijnde producerende bedrijven – zeker ook op het niveau van het midden- en kleinbedrijf – in Nederland en de Europese Unie aanwezig, die wél met belangrijke milieu(rechtelijke) issues moeten omgaan. Wat Nederland betreft, valt te denken aan de bedrijven gevestigd in de Maasvlakte(n), de Haven Amsterdam, enkele grote industriële bedrijven in Nederland, maar ook aan garagebedrijven, wasserettes, schildersbedrijven, land- en tuinbouwbedrijven et cetera. Naast het meer algemene probleem van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, zijn dát de bedrijven die te maken kunnen krijgen met de onderwerpen die in dit boek aan de orde komen.

#### *Bekendheid bedrijfsleven met het thema milieuverontreiniging*

Het is ook van belang om op te merken dat met name grotere bedrijven tegenwoordig steeds beter inspelen op het thema milieu, en zich ook intern hier meer mee bezig houden dan voorheen. Dit doen zij niet alleen om onnodige kosten op dat vlak te voorkomen, maar ook om een goed imago naar de consument/buiten-

wereld toe te creëren. Ook in de dagelijkse overnamepraktijk is deze bekendheid met milieu(rechtelijke) problemen duidelijk merkbaar. Niet alleen is het aanbod van gespecialiseerde technische en juridische kennis in het kader van bedrijfs-overnames en grondtransacties in Nederland, West-Europa en de Verenigde Staten groot, tevens zijn de partijen betrokken bij die transacties zich vaak goed bewust van de (mogelijke) problemen op dit gebied. Het thema milieu is dan ook vaak een standaard onderdeel bij bedrijfsovernames, en zorgt tegenwoordig voor minder onaangename verrassingen in vergelijking tot bijvoorbeeld de jaren '80 van de twintigste eeuw, toen het milieurecht nog relatief nieuw was, en de mogelijke consequenties van deze nieuwe wetgeving voor veel onrust bij het bedrijfsleven zorgde.

### *Bedrijfsovernames: begripsomschrijving*

Bedrijfsovernames – in het ondernemingsrecht wordt overigens veelal gesproken over een onderneming in plaats van een bedrijf – en de verkoop van bedrijfsonderdelen zijn tegenwoordig aan de orde van de dag. Met name gedurende de jaren '80 en '90 van de twintigste eeuw is er sprake geweest van een ware (mondiale) fusie- en overnamegolf.<sup>6</sup> Aan de overname van een onderneming kunnen verschillende motieven ten grondslag liggen. Veel bedrijven worden thans bijvoorbeeld geconfronteerd met toenemende (internationale) concurrentie. Door middel van overnames groeit de omvang van het bedrijf van de overnemer. Het doel van de overnemende partij is vaak om mee te kunnen (blijven) doen met de grote (internationale) concurrenten. Soms worden ondernemingen gekocht of verkocht om zich op die manier te kunnen richten op een bepaald marktsegment. Kortom, de bedrijfseconomische motieven voor een bedrijfsovername kunnen talrijk en zeer divers zijn. Op deze onderliggende motieven zal hierna in dit boek niet verder worden ingegaan.

Het begrip bedrijfsovername wordt in dit boek ruim uitgelegd. Onder dit begrip zal worden verstaan een overname van (een onderdeel van) een onderneming door middel van een overdracht van aandelen, een activa/passiva transactie, een activa-transactie, een juridische fusie of een juridische (af)splitsing. Voorts komt de specifieke situatie van faillissement van de drijvende rechtspersoon en de mogelijke doorstart van de onderneming nadien aan bod. Een NV, BV, Societas Europaea (Europese vennootschap)<sup>7</sup> of een buitenlandse rechtspersoon met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal, kan haar aandelen overdragen aan een derde,

---

6 Zie L. van de Voort, G.-J. van 't Hart en R. Voncken, 'Strategische motieven voor overnames', *Dossier* nr. 24, 1996 (2), *Onderneming & Overnemen*, p. 6-14. Zij onderscheiden vijf herkenbare fusie- en overnamegolven: gedurende (i) de jaren rond 1900, (ii) de jaren '20, (iii) eind jaren '60/begin jaren '70, (iv) de jaren '80 en (v) eind jaren '90/begin 21<sup>ste</sup> eeuw.

7 Zie de Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van de Europese Unie van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (Societas Europaea) (*Pb EG L 294*) en de Wet houdende uitvoering van Verordening (EG) Nr. 2157/2001.

waardoor deze derde uiteindelijk de nieuwe eigenaar wordt van de door de rechtspersoon gedreven onderneming. Daarnaast kan elke juridische entiteit, al dan niet rechtspersoonlijkheid bezittend, overgaan tot de (gedeeltelijke) verkoop van de door de juridische entiteit gedreven onderneming. Men spreekt dan van een activa/passiva transactie dan wel van een activatransactie indien alleen activa worden verkocht. Voorts kunnen de rechtspersonen vermeld in artikel 2:308 BW overeenkomstig de bepalingen van titel 7 van boek 2 BW besluiten tot een juridische fusie of (af)splitsing. In dit boek zullen voormelde drie wijzen van bedrijfsovername centraal staan: (a) de verkoop van aandelen, (b) de verkoop van activa/passiva en (c) de juridische fusie en (af)splitsing.

In de volgende paragraaf wordt aangegeven welke milieurechtelijke aspecten in het kader van dit promotieonderzoek centraal staan. Er mag niet worden vergeten dat vaak een zeker spanningsveld bestaat tussen enerzijds een gemakkelijk uit te voeren bedrijfsvoering met zo min mogelijk juridische en technische obstakels, en anderzijds regulering van activiteiten die schade en/of hinder aan het milieu kunnen veroorzaken. In de zoektocht naar juridische oplossingen voor bestaande milieuproblemen zal telkens een afweging moeten worden gemaakt tussen deze verschillende belangen.<sup>8</sup>

## 1.2 Onderzoeksthema's

De milieurechtelijke problemen tijdens een bedrijfsovername, juridisch fusie of (af)splitsing, herstructurering of doorstart van de onderneming ná faillissement, zijn verschillend van aard en kunnen hun oorsprong hebben in zowel het milieu- en bestuursrecht als in het privaatrecht. Complicerende factor daarbij is de mogelijke discrepantie tussen enerzijds de milieu- en bestuursrechtelijke wet- en regelgeving, en anderzijds de privaatrechtelijke wet- en regelgeving. Het bestaande milieu- en bestuursrecht heeft vaak een ander referentiekader dan bijvoorbeeld het civiele ondernemingsrecht, het contractenrecht of het faillissementsrecht. Voorts zijn op Europees niveau enkele nieuwe ontwikkelingen gaande. De mogelijke juridische oplossingen zijn divers en afhankelijk van de aard van het over te dragen actief/passief. In dit boek zullen de milieurechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten in voormelde context daarom geanalyseerd worden aan de hand van de volgende onderzoeksthema's:

- (a) de begrippen inrichting en drijver van de inrichting in de zin van de Wm, en de invloed van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen op deze milieurechtelijke begrippen (hoofdstuk 2),
- (b) de overdracht van verontreinigde terreinen in het kader van een bedrijfsovername, kostenverhaalsacties van het sanerende bevoegd gezag en enige ont-

---

<sup>8</sup> Een dergelijke benadering staat ook de Nederlandse wetgever voor, zie artikel 8.11 lid 3 Wm.

- wikkelingen op Europees niveau met betrekking tot bescherming van de bodem (hoofdstuk 3),
- (c) onderzoek naar zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in enkele staten binnen de Verenigde Staten, met name de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut (hoofdstuk 4);
  - (d) de mogelijke invoering van een transfer triggered environmental act in Nederland of in de Europese Unie en de introductie van gecertificeerde milieudeskundigen (hoofdstuk 5);
  - (e) de overgang van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater in het kader van een bedrijfsovername (hoofdstuk 6),
  - (f) de overdracht van emissierechten in het kader van een bedrijfsovername (hoofdstuk 6);
  - (g) milieu due diligence onderzoek, onderzoeks- en mededelingsplichten van de koper respectievelijk de verkoper ten aanzien van de aanwezigheid van bodemverontreiniging en andere milieu gerelateerde onderwerpen, en bepalingen in (overname)contracten met betrekking tot bodem- en oppervlaktewaterverontreiniging; bodem- en oppervlakteverontreiniging en de huurovereenkomst, het erfpachtrecht en het recht van opstal (hoofdstuk 7);
  - (h) persoonlijke verantwoordelijkheid van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van rechtspersonen met betrekking tot milieuverontreiniging; persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen onder de federale Amerikaanse milieuwet Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA) (hoofdstuk 8);
  - (i) milieurechtelijke verplichtingen in faillissement en de rol van de faillissementscurator dienaangaande; de positie van de overheid als schuldeiser en als rechtshandhaver in het faillissement; financiële zekerheidstelling; enige aspecten van het Amerikaanse faillissementsrecht ten aanzien van milieu aspecten (hoofdstuk 9).
- (a) De begrippen (één) inrichting en drijver van de inrichting, en de invloed van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen op deze milieurechtelijke begrippen (hoofdstuk 2)

Een in het oog springend probleem in het kader van dit onderzoek is de discrepantie tussen enerzijds de omschrijving van de milieurechtelijke begrippen inrichting en drijver van de inrichting in de zin van de Wet milieubeheer, en anderzijds de (civielrechtelijke) rechtspersonen die in de praktijk inrichtingen (ondernemingen) drijven. Het begrip inrichting heeft een centrale plaats in de Wet milieubeheer, en de vraag of al dan niet sprake is van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer is vaak van groot belang voor de ondernemer. Op grond van lid 1 van artikel 8.1 Wm is het verboden om ten aanzien van bepaalde inrichtingen zonder een daartoe verleende Wm-vergunning een inrichting op te richten, te veranderen dan wel in werking te hebben. Daarbij verdient opmerking dat de Wm-vergunningplicht tegenwoordig de uitzondering op de hoofdregel is: voor de meeste inrichtingen in Nederland gelden sinds 1 januari 2008 de algemene regels voort-

vloeiende uit het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer van 19 oktober 2007 (zie ook artikel 8.40 Wm).<sup>9</sup> In dat geval kan er ten hoogste sprake zijn van een meldingsplicht indien een inrichting wordt opgericht of veranderd (artikel 8.41 Wm). Echter, ook dán is de beoordeling wat betreft de omvang van de inrichting en wie als drijver van de inrichting is te beschouwen, van belang.

Ingevolge artikel 1.1 Wm wordt onder een inrichting verstaan “elk door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere omgrenzing pleegt te worden verricht”. Het begrip inrichting is door de wetgever ruim geformuleerd en voorziet de Wm op die manier van een ruime werkingssfeer. Voor de individuele ondernemer is van belang te bepalen wanneer er sprake is van één inrichting. De Wm bepaalt daarover het volgende: “Daarbij worden als één inrichting beschouwd de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen” (zie artikel 1.1 lid 4 Wm). De milieu(vergunnings)voorschriften (vergunningvoorschriften of algemene milieuvoorschriften/-regels) richten zich tot de drijver van de (één) inrichting. Het is daarom belangrijk om te bepalen wie als drijver van de inrichting is te beschouwen. Is er sprake van één inrichting of juist van meerdere, en is er sprake van één drijver of van meerdere drijvers van één inrichting in de zin van de Wm? Deze vragen kunnen juist ook van belang zijn in het kader van bedrijfsovernames: vanwege een bedrijfsovername kan de omvang van de inrichting(en) veranderen, dan wel kan er sprake zijn van een verandering ten aanzien van het drijverschap over de inrichting. Bij de vraag wie als drijver is van de inrichting is te beschouwen spelen privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, waaruit zeggenschap over de activa/installaties die tezamen de inrichting vormen voortvloeit, een belangrijke rol ter beantwoording van de vraag wie als drijver van de inrichting is aan te duiden. De juridische complicaties voor de overnamepraktijk worden wat deze aspecten betreft besproken en geanalyseerd in hoofdstuk 2.

(b) Overdracht van verontreinigde terreinen in geval van bedrijfsovernames (hoofdstuk 3)

Bij de overdracht van een (gedeelte van een) onderneming zullen vaak onroerende zaken zoals terreinen, fabriekshallen, opslagplaatsen en kantoren worden overgenomen door de rechtsopvolger. De overgedragen terreinen kunnen echter (gedeeltelijk) zijn verontreinigd door rechtsvoorganger(s) dan wel voorgaande gebruikers. De Wbb verbindt consequenties aan de positie van een (bedrijfsmatig) eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker van de verontreiniging, van de verontreinigde grond. Tevens geeft deze wet een regeling met betrekking tot veroorzakers van bodemverontreiniging en ten aanzien van door de van overheidswege uitge-

---

<sup>9</sup> *Stb.* 2007, 415.

voerde bodemsanering mogelijk (ongerechtvaardigd) verrijkten. Daarbij kan de vraag rijzen in welke verhouding de onrechtmatige daadsactie en de ongerechtvaardigde verrijkingsactie, in te stellen door het bevoegd gezag, tot elkaar staan. Interessant is dat ook bij deze kwestie een verband kan worden gelegd tussen het milieurecht en het privaatrecht: in de Wbb (artikel 75 Wbb) wordt verwezen naar privaatrechtelijke rechtsfiguren zoals de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) en de ongerechtvaardigde verrijking (6:212 BW). Privaatrechtelijke aspecten zoals het relativiteitsvereiste (artikel 6:163 BW) spelen dan ook een rol van betekenis.

Ten slotte wordt in dit hoofdstuk ingegaan op enkele ontwikkelingen op Europees niveau, met name op de door de Europese Commissie in 2006 voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem. Deze Kaderrichtlijn Bodem bevat bepalingen die – indien de Kaderrichtlijn Bodem in de toekomst in huidige vorm moet worden geïmplementeerd in de nationale wetgevingen van de verschillende Europese Lidstaten – in de toekomst van belang zijn in het kader van bedrijfsovernames.

- (c) Onderzoek naar de zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in enkele Amerikaanse staten, in het bijzonder in de staten New Jersey en Connecticut, en in Vlaanderen (hoofdstuk 4)

In het kader van dit onderzoek is in enkele staten in de Verenigde Staten en in Vlaanderen specifieke wetgeving geanalyseerd, de zogenaamde transfer triggered environmental acts. Dergelijke milieuwetten koppelen een bodemonderzoeks- en bodemsaneringsplicht aan het moment van transfer (overdracht) zoals gedefinieerd in die milieuwetten. Transfer triggering environmental acts koppelen op die manier het moment van overdracht van de grond of het moment van bedrijfsovername aan een milieurechtelijke verplichting. Deze wetgeving heeft een effectieve werking in die zin, dat een bodemonderzoeks- en eventueel bodemsaneringsplicht toepasselijk wordt op het moment dat de transactie of transfer plaatsvindt.

- (d) Invoering van een transfer triggered environmental act in Nederland of binnen de Europese Unie; introductie van gecertificeerde milieudeskundigen (hoofdstuk 5)

In hoofdstuk 5 wordt de vraag aan de orde gesteld of een transfer triggered environmental act ook in Nederland dan wel binnen de Europese Unie zou moeten worden ingevoerd. Welke voor- en nadelen zitten er aan dergelijke wetgeving? Tevens wordt ingegaan op de introductie van zogenaamde Licensed Environmental Professionals (LEPs). Dit zijn van overheidswege gecertificeerde milieudeskundigen die bodemonderzoek en bodemsanering uitvoeren dan wel daarop toezien. LEPs worden in de Amerikaanse staat Connecticut van overheidswege benoemd in het kader van de daar geldende Transfer Act, en moeten aan bepaalde door de staat Connecticut vastgestelde vereisten voldoen. Zij treden echter niet in dienst van de staat Connecticut. Zij worden betaald door de partijen betrokken bij de overdracht (transfer zoals gedefinieerd in de Transfer Act) die hun de opdracht

verstrekken. Zie hier de connectie tussen bedrijfsovernames en overdrachten van grond, en de introductie van een LEP. De LEP treedt op namens de staat Connecticut, maar wordt betaald door private partijen.

In hoofdstuk 5 wordt ingegaan op de mogelijkheid van de invoering van een equivalent van een LEP in Nederland en binnen de Europese Unie. De door de Europese Commissie voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem laat de mogelijkheid tot invoering van een dergelijk systeem van gecertificeerde milieudeskundigen uitdrukkelijk open. Het systeem van LEPs sluit aan bij het systeem van een transfer triggered environmental act, waarbij verplicht bodemonderzoek en bodemsanering plaatsvindt op het moment van overdracht/bedrijfsovername. LEPs verrichten dan onderzoek en/of houden toezicht, waarbij de toezichthoudende functie van het bevoegd gezag wordt overgenomen door de LEPs.

(e) Bedrijfsovername en aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater (hoofdstuk 6)

Ook de mogelijke verontreiniging van oppervlaktewater kan in het kader van een bedrijfsovername een rol van betekenis spelen. Oppervlaktewater kan bijvoorbeeld worden vervuild via het grondwater dat zich bevindt in het vervuilde perceel in eigendom van de te verkopen onderneming (diffuse verontreiniging). Voorts loost de onderneming wellicht (illegaal) in het oppervlaktewater. Met welke juridische problemen kan de rechtsopvolger dan worden geconfronteerd, en welke mogelijke juridische oplossingen zijn denkbaar?

(f) De overgang van emissierechten in het kader van een bedrijfsovername (hoofdstuk 6)

Per 1 januari 2005 is in Nederland het systeem van emissiehandel CO<sub>2</sub> van start gegaan. Per 1 juni 2005 is ook de handel in NO<sub>x</sub>-emissierechten in Nederland begonnen. Deze systemen van emissiehandel kennen enige afwijkingen van het algemene privaatrecht ten opzichte van de overdraagbaarheid van emissierechten, als mede de vernietiging, nietigheid en ontbinding van de aan de overdracht ten grondslag liggende overeenkomst.

(g) Bepalingen in (overname)contracten met betrekking tot bodem- en oppervlaktewaterverontreiniging (hoofdstuk 7)

In hoofdstuk 7 wordt ingegaan op de meer praktische aspecten ten aanzien van bedrijfsovernames en milieuverontreiniging: de contractuele aspecten. Welke milieu(rechtelijke) aspecten kunnen een rol spelen in het geval van een bedrijfsovername in het algemeen, en in geval van een overdracht van een industrieterrein in het bijzonder? Op welke wijzen kunnen partijen betrokken bij een bedrijfsovername hierop anticiperen en de verantwoordelijkheid dienaangaande onderling contractueel vastleggen? Er wordt onder andere ingegaan op milieu due diligence onderzoek (waaronder het bodemonderzoek), onderzoeks- en mededelingsplicht-

ten, contractuele garantie- en vrijwaringsbepalingen, de huurovereenkomst, het erfpachtrecht en het opstalrecht.

- (h) Persoonlijke verantwoordelijkheid van bestuurders van rechtspersonen en de (enig of groot) aandeelhouder van vennootschappen met betrekking tot milieuverontreiniging (hoofdstuk 8)

Een aparte kwestie is de verantwoordelijkstelling ten aanzien van milieuschade van (voormalige) bestuurders en de (enig of groot) aandeelhouder van primair verantwoordelijke rechtspersonen. Indien de rechtspersoon bijvoorbeeld niet meer bestaat (is ontbonden) of niet meer solvabel is, kan een (voormalig) bestuurder of aandeelhouder van deze rechtspersoon onder omstandigheden als overtreder persoonlijk verantwoordelijk worden gehouden voor de schade die is geleden vanwege het overtreden van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften of het onrechtmatig handelen van de rechtspersoon.

Op welke wijzen, en onder welke omstandigheden, kunnen bestuurders of aandeelhouders voor milieuschade veroorzaakt door de rechtspersoon waarvan zij bestuurder of aandeelhouder zijn of waren verantwoordelijk worden gehouden? Daarbij speelt tevens de rechtsvraag of, en zo ja in welke mate, de verantwoordelijkstelling van bestuurders van rechtspersonen of aandeelhouders ten aanzien van de milieuschade in het milieu- en bestuursrecht afwijkt ten aanzien van bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid zoals toepasselijk in het privaatrecht.

- (i) Milieu en faillissement, de rol van de faillissementscurator, de positie van het bevoegd gezag als schuldeiser en rechtshandhaver en financiële zekerheidstelling (hoofdstuk 9)

De situatie waarin een drijver van de inrichting of de veroorzaker van milieuschade failliet gaat is een bijzondere, in die zin dat op de drijvende rechtspersoon/veroorzaker vaak geen verhaal meer mogelijk is. Ook de situatie waarin sprake is van een doorstart van de onderneming ná faillietverklaring komt in hoofdstuk 9 aan bod. Op welke wijze kan het bevoegd gezag eventuele gemaakte saneringskosten verhalen op de faillissementsboedel? Wat is de rol van de faillissementscurator in dergelijke gevallen, en waarop moet een koper van activa uit een failliete boedel letten? Tevens komen aspecten van (verplichte) financiële zekerheidstelling voor mogelijke milieuschade aan bod.

### *Het broeikaseffect*

Een onderwerp dat tegenwoordig in de maatschappelijke belangstelling staat is het zogenaamde broeikaseffect, oftewel de opwarming (temperatuurstijging) van de aarde, vermoedelijk veroorzaakt door een té grote uitstoot van CO<sub>2</sub>. Ik zeg hier vermoedelijk, aangezien het op dit moment niet is uitgesloten dat de huidige temperatuurstijgingen op aarde een andere oorzaak heeft dan de uitstoot van CO<sub>2</sub>, dan wel voortvloeit uit een combinatie van verschillende oorzaken.



De uitstoot van CO<sub>2</sub> wordt gedeeltelijk veroorzaakt door activiteiten van bedrijven, maar ook door particulieren en het auto- en vliegverkeer in het algemeen. Dit onderwerp is slechts in zeer beperkte mate ter sprake gekomen in dit boek, namelijk alleen voor zover het de overdracht van broeikasgasemissierechten betreft (hoofdstuk 6). Redenen voor het niet behandelen van dit onderwerp in dit boek zijn:

- (a) Het is momenteel nog onduidelijk in hoeverre bedrijven in de toekomst wellicht in retrospectief (terugwerkend) aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de vanwege het broeikaseffect veroorzaakte schade aan het milieu.<sup>10</sup> Een vergelijkbare aansprakelijkstelling achteraf vindt momenteel bijvoorbeeld plaats ten aanzien van de tabaksindustrie vanwege de voor de menselijke gezondheid schadelijke gevolgen van het roken van sigaretten. Nog daargelaten in hoeverre een dergelijke aansprakelijkstelling met betrekking tot het broeikaseffect in retrospectief juridisch gezien mogelijk of maatschappelijk wenselijk is, valt daar op dit moment nog niet veel over te zeggen. Het betreft hier immers een probleem dat, anders dan de aansprakelijkstelling van de tabaksindustrie, eigenlijk een collectieve verantwoordelijkheid betreft van alle burgers en overheden. Wij allen hebben immers via onze consumptie aan dit probleem meegedragen, en het zal daarom niet eenvoudig zijn, en wellicht zelfs onredelijk, om alleen bepaalde bedrijven of bedrijfstakken – wier producten de maatschappij collectief heeft geconsumeerd – daarvoor (financieel) verantwoordelijk te houden.
- (b) De connectie met bedrijfsovernames, het centrale thema van dit proefschrift-onderzoek, is in dit kader niet duidelijk. Wel kan daarover het volgende worden opgemerkt. Mocht een dergelijke aansprakelijkstelling of verantwoordelijkstelling in retrospectief werkelijkheid worden binnen een periode van bijvoorbeeld vijf, tien of twintig jaar vanaf heden, dan zal de verantwoordelijkstelling vaak geen betrekking meer hebben op de oorspronkelijke eigenaren of gebruikers van de veroorzakende bedrijven, maar op hun rechtsopvolgers. Bedrijven zijn immers tussentijds vaak van eigenaar veranderd. Dan ontstaat weer eenzelfde probleem zoals ten aanzien van verantwoordelijkstelling voor historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, die uitgebreid ter sprake zal komen in de hoofdstukken 3 tot en met 5 van dit boek. Hoe redelijk is het om niet-veroorzakende rechtsopvolgers verantwoordelijk te houden voor schade veroorzaakt door hun rechtsvoorgangers in het verleden, toen de schadelijke effecten van die handelingen voor het milieu nog niet bekend waren, of er nog geen maatschappelijke belangstelling voor milieuverontrei-

---

10 Zie het uitgebreide themanummer van het *Nederlands Juristenblad* van 21 december 2007, *NJB* 2007, 45/46, getiteld 'Klimaatverandering een uitdaging voor juristen'. In dit themanummer wordt door de volgende auteurs ingegaan op allerlei verschillende en mogelijke juridische aspecten ten aanzien van klimaatverandering: C.E. Drion, M.G. Faure, Chr. H. van Dijk, J. Spier, P.A. Nollkaemper, J. Verschuuren, H.E. Woldendorp, A. Driesprong, J. Gupta, M. Peeters, J. Jepma en J.R. van Angeren.

niging was, dan wel de desbetreffende handelingen nog niet waren verboden of gereguleerd? Op deze vraag is in het kader van het broeikaseffect niet ingegaan in dit proefschrift.

### **1.3 Verantwoording van het onderzoek uitgevoerd in de Verenigde Staten; interviews**

Hier volgen enige opmerkingen ten aanzien van het in de Verenigde Staten uitgevoerde onderzoek. Het onderzoek zoals uitgevoerd in de Verenigde Staten en zoals weergegeven in de hoofdstukken 4 en 5 is in tweeërlei zin beperkt te noemen:

- (a) het onderzoek is grotendeels beperkt tot enkele staten binnen één federale staat (de Verenigde Staten), en
- (b) het onderzoek is juridisch-inhoudelijk beperkt tot een aantal hoofdlijnen.

De keuzes ten aanzien van deze beperkingen worden hier nader toegelicht.

#### **(1) Keuze rechtsstelsel**

Probleem in het kader van juridisch onderzoek uitgevoerd in het buitenland is vaak de wijze waarop de keuze voor een onderzoek naar een rechtsstelsel in een bepaalde buitenlandse staat tot stand komt. Een dergelijke keuze is mijns inziens dan ook moeilijk op geheel objectieve grondslagen te nemen.

De navolgende overwegingen hebben ten grondslag gelegen aan mijn keuze om specifieke wetgeving, de zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in onder andere de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut, te bestuderen.

- (a) Ten eerste ben ik door verwijzingen in de Nederlandse wetsgeschiedenis<sup>11</sup> en Amerikaanse literatuur bekend geworden met specifieke wetgeving in deze Amerikaanse staten op het gebied van milieuaansprakelijkheden in het kader van bedrijfsovernames (transfers). Gedurende de jaren '80 van de twintigste eeuw is het probleem ten aanzien van grondvervuiling in de Verenigde Staten aan de oppervlakte gekomen, waarna de federale Amerikaanse regering en de regeringen van enkele Amerikaanse staten wetgeving dienaangaande tot stand hebben gebracht. Enkele Amerikaanse staten hebben veel aandacht geschonken aan dit probleem. Deze Amerikaanse staten hebben als eerste dergelijke wetgeving ontworpen en ingevoerd. In die staten is inmiddels – ruim 25 jaar na de invoering van de eerste transfer triggered environmental act in New Jersey – al in ruime mate ervaring opgedaan met deze wetgeving. Van deze ervaringen kan in Nederland of binnen de Europese Unie gebruik worden gemaakt.

---

11 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 6-14 ('Saneringgarantie bij grondtransacties').

- (b) Een tweede factor die mijn keuze ten aanzien van het onderzoek naar het Amerikaanse recht op niet-federaal niveau heeft bepaald, heeft te maken met voormeld verschil in omvang en reikwijdte van de wetgeving met betrekking tot milieu en bedrijfsovernames. In die zin zijn de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut voorbeelden van staten waarin veel aandacht aan dergelijke wetgeving (transfer triggered environmental acts) is geschonken. Met name het onderzochte gedeelte van de wetgeving in deze drie staten, die ten aanzien van de overdracht van (potentieel) verontreinigde terreinen, is bijzonder en afwijkend van rechtstelsels van andere (Amerikaanse) staten te noemen. Aan de ontwikkeling van deze bijzondere wetgeving kunnen vele factoren ten grondslag liggen, zoals de mate van industrialisatie in een bepaalde staat, de algemene welvaart binnen een staat, de politieke richting binnen een staat, et cetera. Echter, indien een bepaald rechtsgebied vergaand is ontwikkeld binnen een bepaalde staat, is er blijkbaar interesse in het desbetreffende rechtsgebied vanuit de burgers en 'de politiek', en zullen partijen betrokken bij een bedrijfsovername derhalve meer aandacht moeten besteden aan de eventuele overgang van mogelijke verantwoordelijkheden op het gebied van (bodem)verontreiniging tijdens een bedrijfsovername.
  - (c) Ten derde zijn de Verenigde Staten in dit kader een aantrekkelijk onderwerp voor onderzoek, aangezien zij reeds lange tijd een (grote) commerciële geïndustrialiseerde samenleving omvatten waarbinnen reeds decennia lang regelmatig bedrijfsovernames plaatsvinden.
  - (d) Ten slotte vormen de Verenigde Staten een vergaande 'gejuridiseerde' samenleving, waarin het recht in het algemeen en het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder een belangrijke rol spelen. In dit gedeeltelijke common-lawsysteem zijn contractspartijen gewend aan het opstellen van uitgebreide (overname) contracten waarbij alle facetten van de transactie worden betrokken en contractspartijen in hoge mate anticiperen op mogelijke toekomstige omstandigheden. Bestudering van de Amerikaanse overnamepraktijk – dat wil zeggen in het kader van dit promotieonderzoek de (environmental) due diligence praktijk en de inhoud van contractuele bepalingen ten aanzien van milieuaansprakelijkheden in het overnamecontract – kan een buitenstaander zodoende (enig) inzicht geven in de milieurechtelijke problemen die spelen ten tijde van een bedrijfsovername in de Verenigde Staten en de mogelijke oplossingen die contracterende partijen dienaangaande toepassen.
- (2) Een onderzoek op hoofdlijnen
- Het onderzoek heeft betrekking op slechts enkele aspecten van het milieurecht in enkele Amerikaanse staten. Belangrijkste onderwerp van onderzoek zijn de al eerder vermelde zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in de Amerikaanse staten New Jersey, Connecticut, California, Iowa, Indiana, Michigan, Oregon, Pennsylvania en West Virginia. Deze transfer triggered environmental acts verschillen onderling qua inhoud en opzet. Sommige transfer triggered environmental acts verplichten ook tot bodemonderzoek en bodemsanering, ande-

re transfer triggered environmental acts alleen tot onderzoek en mededeling van de (mogelijke) aanwezigheid van (bodem)verontreiniging aan de rechtsopvolger.

In Vlaanderen is het Vlaams Decreet betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (Vlaams Bodemsaneringsdecreet) toepasselijk. Ook het Vlaams Bodemdecreet koppelt een onderzoeks- en saneringsplicht aan het moment van overdracht, en kan daarom eveneens worden betiteld als een transfer triggered environmental act. Deze Vlaamse wetgeving wordt besproken in par. 4.9.

Er wordt tevens ingegaan op het fenomeen LEP in de staat Connecticut, een private milieudeskundige die namens de overheid toezicht houdt op de correcte uitvoering van de bodemonderzoeks- en bodemsaneringswerkzaamheden in het kader van de in de staat Connecticut toepasselijke Transfer Act, maar die wordt betaald door de partijen betrokken bij de transfer.

Naast het onderzoek naar de transfer triggered environmental acts, zijn er enkele aspecten van federaal Amerikaans milieurecht onderzocht. In hoofdstuk 8 komt de aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders als operator van een facility onder de federale milieuaansprakelijkheidswet CERCLA aan bod. En in hoofdstuk 9 komen enkele aspecten van federaal Amerikaans faillissementsrecht terug: de rol van de trustee in bankruptcy (vergelijkbaar met de Nederlandse faillissementscurator) met betrekking tot de naleving van de voor de facility (inrichting) geldende milieu(vergunnings)voorschriften ten tijde van een faillissement, en de toepasselijkheid van wettelijke ‘super’ voorrechten, superliens genaamd, ten behoeve van door de overheid uitgevoerde saneringswerkzaamheden.

### *Interviews*

Door middel van het afnemen van interviews in Nederland en de Verenigde Staten is getracht een beeld te krijgen van de gang van zaken tijdens een bedrijfsovername met betrekking tot het milieu en milieurechtelijke aspecten. De uitkomsten van dit praktijkonderzoek zijn gebruikt ter verifiëring van – en waar mogelijk aanvulling op – het juridische onderzoek. De meerwaarde van de interviews bestaat hierin dat de interviews soms praktische (contractuele) oplossingen en ervaringen met bepaalde wet- en regelgeving in de praktijk inzichtelijk maken, die niet altijd via literatuur- of jurisprudentieonderzoek achterhaald kunnen worden. De interviews afgenomen in de Verenigde Staten hebben tevens een informatieve functie gehad: op welke aspecten moet worden gelet bij de bestudering van de transfer triggered environmental acts, welke jurisprudentie is van belang, en hoe zijn de ervaringen met dit soort van wetgeving in de praktijk?



## 2 Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer vergeleken met ondernemingsrechtelijke constructies (rechtspersonen), en de consequenties in geval van een bedrijfs-overname

### 2.1 Inleiding

#### 2.1.1 Algemeen; onderzoeksvragen

In dit hoofdstuk staat het begrip (één) inrichting zoals gedefinieerd in de Wm, en de mogelijke juridische complicaties die dit milieurechtelijke begrip met zich mee kan brengen ten tijde van een bedrijfsovername centraal.<sup>1</sup> Daarbij komt ook het begrip drijverschap over de inrichting aan de orde, aangezien dit begrip nauw samenhangt met het begrip inrichting. Het mogelijke drijverschap over de inrichting in de zin van de Wm, en het overtredderschap, van bestuurders en enig en groot aandeelhouders van rechtspersonen wordt bediscussieerd en geanalyseerd in hoofdstuk 8.

Vooropgesteld, het begrip (één) inrichting heeft betrekking op zowel de fysieke middelen die worden gebruikt bij de uitoefening van bepaalde (bedrijfs)activiteiten als op de (bedrijfs)activiteiten waarvoor de milieu(vergunnings)voorschriften gelden.<sup>2</sup> Een Wm-vergunning is gebonden aan de locatie van de inrichting. De Wm-vergunning gaat dus niet met het vertrek van een drijver/(rechts)persoon van de desbetreffende locatie met die drijver/(rechts)persoon mee over naar een nieuwe locatie. Er zal dan wel sprake kunnen zijn van een nieuwe inrichting waarvoor een nieuwe Wm-vergunning moet worden aangevraagd. De omstandigheid dat er ten aanzien van die fysiek verplaatste bedrijfsmatige activiteiten wellicht een privaatrechtelijke overeenkomst is gesloten, bijvoorbeeld in het kader van een bedrijfsovername, maakt dit niet anders.<sup>3</sup> In dit hoofdstuk wordt niet ingegaan op de mogelijke fysieke verplaatsing van bedrijfsmatige activiteiten, aangezien een dergelijke fysieke verplaatsing op zichzelf geen directe gevolgen ten aanzien van het begrip (één) inrichting in de zin van de Wm met zich meebrengt.

---

1 Ten aanzien van het begrip 'inrichting' in de Wm is in 2005 ook een dissertatie van V.M.Y. van 't Lam verschenen, getiteld *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers.

2 Zie D. van der Meijden, *Katern, Begrip 'inrichting', jurisprudentie en toelichting inzake het begrip 'inrichting'*, Koninklijke Vermande, 2002 (dit katern vormt onderdeel 7.1 van de losbladige Vermande-uitgave Wet Milieubeheer (code M41)), p. 17-18 en bijvoorbeeld Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) 23 december 1997, *JM* 1998, 69, m.nt. Van Reeken.

3 Vergelijk de Vz. ABRvS 13 april 2000, *AB* 2000, 241, m.nt. C.L. Knijff, met name r.o. 2.2.2.

*Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer*

Het antwoord op de vraag wanneer de Wm-vergunning gaat gelden voor een nieuwe drijver heeft tegenwoordig wél in belangrijke mate aan belang ingeboet, aangezien steeds minder inrichtingen Wm-vergunningplichtig zijn. Voor veel categorieën van inrichtingen gelden algemene milieuvoorschriften (art. 8.40 lid 1 Wm), met name nu sinds 1 januari 2008 het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (het zogenaamde Activiteitenbesluit) toepasselijk is.<sup>4</sup> In de toekomst zullen nog meer inrichtingen onder algemene milieuregels vallen.<sup>5</sup> De toepasselijkheid van algemene milieuvoorschriften vergemakkelijkt de situatie voor zowel de ondernemer als het bevoegd gezag. Er is namelijk geen individuele Wm-vergunningverlening meer nodig.<sup>6</sup> Gedeeltelijke intrekking of wijziging van de bestaande Wm-vergunning in het verband met een bedrijfsovername speelt dan geen rol meer. Mogelijk nadeel van de toepasselijkheid van algemene milieuvoorschriften, is dat de (kleine) ondernemer, nu er geen individuele Wm-vergunning meer wordt verleend, wellicht niet goed op de hoogte is van de voor de door hem gedreven inrichting geldende algemene milieuvoorschriften.

Dat alles neemt niet weg dat in de gevallen waarin er via art. 8.40 Wm en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer algemene milieuvoorschriften voor de inrichting gelden, wel dezelfde vragen ten aanzien van de omvang van de inrichting – is er sprake van één of juist meerdere inrichtingen in de zin van de Wm – en het drijverschap over die inrichting – wie is drijver van de inrichting, en is er één drijver of zijn er meerdere drijvers van de inrichting – kunnen rijzen.

Voorts kan het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer nieuwe rechtsvragen met zich brengen. Bijvoorbeeld: wanneer ontstaat er vanwege een bedrijfsovername de plicht om een activiteit (opnieuw) aan te melden, en kan het voorkomen dat vanwege een bedrijfsovername de uitgevoerde activiteit binnen de inrichting zodanig verandert, dat deze alsnog vergunningplichtig wordt? Op dergelijke vragen voortvloeiende uit het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer wordt hierna niet ingegaan.

*Onderzoeksvragen*

Centraal in dit hoofdstuk staat de situatie waarin vanwege een civielrechtelijke transactie de (fysieke) verbindingen en de zeggenschapsverhoudingen binnen de inrichting zodanig veranderen, dat daardoor ook de omvang van de inrichting zélf

---

4 Besluit van 19 oktober 2007, *Stb.* 2007, 415.

5 Via de zogenaamde Tweede fase modernisering algemene regels, zie [www.vrom.nl](http://www.vrom.nl). IPPC-inrichtingen (Integrated Pollution Prevention and Control Directive) zullen wel vergunningplichtig blijven.

6 Onder omstandigheden mag het (lokale) bevoegd gezag overigens wel aanvullende regels geven, zie art. 8.42a Wm en 8.42b Wm.

verandert. Het kan daarbij voorkomen dat er meerdere drijvers van één inrichting in de zin van de Wm zijn. Contractspartijen hebben dit gedeeltelijk zélf in de hand. Zij kunnen door middel van het maken van contractuele afspraken vastleggen wie welke zeggenschap uitoefent over de inrichting, en op die manier bepalen wie als drijver van de inrichting is te beschouwen. Daarbij speelt ook bijvoorbeeld de inhoud van een huurovereenkomst met betrekking tot de inrichting een belangrijke rol. Afhankelijk van de zeggenschap over de inrichting die voortvloeit uit de inhoud van de huurovereenkomst en de feitelijke verhoudingen, is de huurder, verhuurder of zijn beiden aan te merken als drijver van de (gedeeltelijk) verhuurde inrichting.

Soms zal ook de toepasselijkheid van een Wm-vergunning ten aanzien van de inrichting ná de civielrechtelijke transactie van belang zijn voor de overnemende partij (rechtsopvolger van de vergunninghouder), namelijk in die gevallen waarin het een Wm-vergunningplichtige inrichting betreft. De Wm-vergunning bepaalt welke activiteiten binnen de inrichting mogen worden uitgevoerd,<sup>7</sup> en zo ja, op welke manier en met welke intensiteit. Echter, gezien de toepasselijkheid van algemene milieuvoorschriften via het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, zal de vraag omtrent de toepasselijkheid van een Wm-vergunning veel minder vaak spelen in vergelijking met vroeger.

Tevens kan de overnemer aan de hand van het bepaalde in de bestaande Wm-vergunning inschatten of – en op welke wijze – hij bepaalde (bedrijfs)activiteiten mogelijkerwijze kan en mag uitbreiden in de toekomst. De rechtsopvolger zal graag precies willen weten voor welke bedrijfsmatige activiteiten hij na de bedrijfsovername als drijver, en eventueel als overtreder, verantwoordelijk kan worden gehouden. Deze opmerkingen gelden trouwens ook in geval van toepassing van de algemene milieuvoorschriften via art. 8.40 Wm en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

In dit hoofdstuk staan de volgende problemenstellingen centraal:

- 1 Soms bestaat de wens alleen een gedeelte van een onderneming/inrichting over te nemen dan wel een rechtspersoon juridisch (af) te splitsen, met als gevolg dat er meerdere inrichtingen in de zin van de Wm ontstaan. Wat gebeurt er in dat geval met de oorspronkelijk verstrekte Wm-vergunning, en wie wordt of worden drijver van de inrichting (zie par. 2.4)?
- 2 Hoe te oordelen over de situatie waarin, ná het plaatsvinden van een transactie, een gedeelte van de inrichting wordt verhuurd of ver(erf)pacht (zie onder andere par. 2.3, par. 2.4 en par. 2.8)?
- 3 Hoe is de situatie in het geval er vanwege een juridische fusie uit oorspronkelijk meerdere inrichtingen één inrichting ontstaat (par. 2.5)?

---

<sup>7</sup> Art. 8.20 lid 1 Wm.



- 4 Kan het bevoegd gezag iets ondernemen indien de aandelen in een vennootschap die een reeds bestaande inrichting drijft worden overgedragen aan een hem onwelgevallige (rechts)persoon (par. 2.6)?
- 5 Dient het, los van de handhavingssituatie, gemakkelijker te worden om ná een bedrijfsovername, juridische fusie of (af)splitsing het bevoegd gezag te verzoeken over te gaan tot het verstrekken van verschillende nieuwe dan wel aangepaste milieuvergunningen (par. 2.7)?
- 6 Welke contractuele oplossingen staan private partijen naar huidig recht ten dienste om de door hen gewenste rechtsverhoudingen zoveel mogelijk te realiseren (par. 2.8)?

Eerst zal in par. 2.2 het begrip inrichting in de zin van de Wm centraal staan. In par. 2.3 worden vervolgens enkele voorbeelden gegeven waarin het – na het plaatsvinden van een bedrijfsovername of juridische fusie of (af)splitsing – onduidelijk is of er sprake is van één of meerdere inrichtingen en/of van één of meerdere drijvers van één inrichting.

*De verschillende wijzen van bedrijfsovername en het inrichtingenbegrip in de Wm (par. 2.4 – 2.6)*

In dit hoofdstuk wordt dus tevens ingegaan op de verschillende wijzen van bedrijfsovername en de consequenties daarvan voor de omvang van de inrichting. Hier wordt daarover al vast het volgende opgemerkt.

Indien alleen de aandelen van de drijvende vennootschap van de inrichting worden overgedragen, is er in principe geen sprake van een nieuwe drijver van de inrichting. De Naamloze Vennootschap (NV) of Besloten Vennootschap (BV) die de inrichting vóór de aandelentransactie dreef, blijft ook ná de aandelentransactie drijver van de inrichting. Er is alleen sprake van een wijziging op aandeelhoudersniveau. De enig of meerderheidsaandeelhouder verkrijgt echter via de aandelen wel de zeggenschap over de nieuwe inrichting, en kan op die manier wellicht worden aangemerkt als (verticaal) (mede)drijver van de inrichting in de zin van de Wm. Mogelijk heeft de nieuwe aandeelhouder zich in het verleden in een ander verband, ten aanzien van een andere inrichting, niet aan de geldende milieu(vergunning)voorschriften gehouden. Misschien wil het bevoegd gezag voorkomen dat deze persoon de nieuwe aandeelhouder van de drijvende rechtspersoon van de inrichting wordt. Het toezichthoudende bevoegd gezag kan de verkoop van aandelen uiteraard niet tegenhouden. Maar de vraag is wél of het bevoegd gezag de verstrekte milieuvergunning kan intrekken ter voorkoming van de omstandigheid dat een bepaalde persoon in de hoedanigheid van aandeelhouder zeggenschap krijgt over de inrichting. Zie over deze kwestie par. 2.6.

In geval van een activa/passivatransactie of een juridische (af)splitsing kunnen er – in tegenstelling tot de aandelentransactie – juist wel nieuwe inrichtingen in de zin van de Wm ontstaan. De zeggenschapsverhoudingen, een belangrijk criterium bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtin-

gen in de zin van de Wm (zie onder andere par. 2.2 hierna), kunnen door deze civielrechtelijke transacties namelijk zijn veranderd. Ook kunnen vanwege de civielrechtelijke transactie de technische en/of functionele verbindingen worden verbroken, zodat er vanwege het plaatsvinden van de transactie sprake is van twee of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm (zie par. 2.4). Omgekeerd, indien er sprake is van een juridische fusie, kan er uit meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, gezien de nieuwe zeggenschapsverhoudingen en nieuwe technische en/of functionele verbindingen, één nieuwe inrichting in de zin van de Wm ontstaan (zie par. 2.5).

### 2.1.2 *Het rechtskarakter van de Wm-vergunning*

Alvorens op de probleemstellingen in te gaan, komt in deze paragraaf eerst het rechtskarakter van de Wm-vergunning ter sprake.

#### *(1) Vermogensrecht*

Een Wm-vergunning is in het algemeen aan te merken als een vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW,<sup>8</sup> en kan daarom onderwerp zijn van een koopovereenkomst.<sup>9</sup> Een Wm-vergunning – en overigens ook persoonsgebonden of niet-overdraagbare vergunningen – staat immers toe om bepaalde activiteiten uit te oefenen waarbij het uitoefenen van die activiteiten is gericht op het (bedrijfsmatig)<sup>10</sup> verwerven van inkomsten.<sup>11</sup> De Hoge Raad (HR) heeft al geruime tijd geleden bepaald dat een vergunning is aan te merken als een vermogensrecht, indien die vergunning het mogelijk maakt om bepaalde bedrijfsactiviteiten uit te oefenen.<sup>12</sup> Ten aanzien van de mogelijkheden van overgang<sup>13</sup> van vergunningen in bestuurs- en privaatrechtelijke context verwijs ik verder naar de dissertatie van *Knijff* uit 2003. In die dissertatie wordt ruimschoots aandacht besteed aan de overgang van een aantal verschillende vergunningen, waaronder de Wm-vergunning, naar Nederlands recht.<sup>14</sup>

---

8 Luidende: “Rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel, zijn vermogensrechten.”

9 Zie art. 7:47, eerste volzin, BW: “Een koop kan ook op een vermogensrecht betrekking hebben.”

10 Ook hobbymatige activiteiten uitgevoerd in de omvang als ware zij bedrijfsmatig kunnen Wm-vergunningplichtig zijn, zie art. 1.1 lid 1 Wm.

11 Zie C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen, De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2003, p. 203-208 en de daar vermelde jurisprudentie. Knijff gaat in haar dissertatie uitgebreid in op de bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten van de overgang van verschillende vergunningen.

12 HR 3 juni 1954, NJ 1954, 380 en HR 15 februari 1984, *Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB)* 1984, 171. In de uitspraak uit 1954 werd beslist dat een drankvergunning een vermogensrecht is. In de uitspraak uit 1984 werd een taxivergunning aangemerkt als een onderdeel van het ondernemingsvermogen van een zelfstandige taxi-ondernemer in Amsterdam.

13 Ik gebruik hier het woord overgang (en overgaan) ter onderscheiding van de privaatrechtelijke term overdracht (zie de art. 3:83 e.v. BW).

14 Zie C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen, De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2003.

## (2) Overdraagbaarheid

De aanduiding als vermogensrecht betekent overigens niet dat een Wm-vergunning ook daadwerkelijk overdraagbaar is in de civielrechtelijke zin van art. 3:83 BW.<sup>15</sup> Een (Wm-)vergunning niet valt aan te duiden als eigendom, een beperkt recht of een vorderingsrecht (vergelijk art. 3:83 lid 1 BW). Een vergunning geeft de vergunninghouder slechts het door een overheidsinstantie verleende recht om bepaalde activiteiten binnen de in die vergunning en in de wet- en regelgeving aangegeven grenzen uit te mogen oefenen. Uit de bestuursrechtelijke wet zal dus zélf moeten blijken of, en zo ja hoe, een vergunning overdraagbaar is (zie art. 3:83 lid 3 BW).<sup>16</sup> De bestuursrechtelijke wet bepaalt primair of, en op welke wijze, een vergunning is overgegaan dan wel kan overgaan op een andere (rechts)persoon. Indien een bestuursrechtelijke wet bijvoorbeeld bepaalt dat een vergunning pas overgaat door middel van een wijziging tenaamstelling of ná de toestemming van het bevoegde overheidsgezag, valt het vermogensrecht vergunning pas ná de wijziging van de tenaamstelling, dan wel ná de verkregen toestemming van het bevoegd gezag, civielrechtelijk gezien in het vermogen van de verkrijger.<sup>17</sup>

De Wm-vergunning is echter in zoverre bijzonder, aangezien er géén sprake is van een bestuursrechtelijke overgang door middel van bijvoorbeeld een wijziging van de tenaamstelling, maar van een automatische overgang van rechtswege. De Wm-vergunning geldt immers voor eenieder die de inrichting drijft. Dit is het zogenaamde ‘zaaksgebonden karakter’ van de Wm-vergunning.<sup>18</sup> Het zaaksgebonden karakter van de Wm-vergunning heeft tevens een feitelijk karakter. De Wm-vergunning geldt voor diegene die de inrichting feitelijk drijft. Partijen betrokken bij een bedrijfsovername hoeven hier dus niets contractueel over vast te leggen. Een dergelijke contractuele bepaling raakt de van rechtswege overgang van de Wm-vergunning niet.<sup>19</sup>

De rechtsopvolger wordt dus pas drijver van de inrichting in de zin van de Wm indien hij de inrichting feitelijk gaat drijven. Dit systeem kan complicaties met zich brengen. De feitelijke realiteit kan immers afwijken van de juridisch vastgelegde situatie, met als gevolg dat civielrechtelijke constructies en contractuele

15 Art. 3:83 lid 1 BW luidt: “Eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten zijn overdraagbaar, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet.”

16 Art. 3:83 lid 3 BW luidt: “Alle andere rechten zijn slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt.”

17 Zie HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 331, met name de rechtsoverwegingen (r.o.) 3.4.1 tot en met 3.4.3, waarin wordt bepaald dat voor de beantwoording van de vraag of de rechten verbonden aan een door de overheid verleende (vis)vergunning in de faillissementsboedel vallen, niet beslissend is of zich vóór het faillissement een wijziging in de privaatrechtelijke verhoudingen heeft voorgedaan, maar of op de faillissementsdatum die wijziging door aanpassing van de tenaamstelling van de vergunning langs publiekrechtelijke weg is geëffectueerd. Deze uitspraak is ook gepubliceerd in *AB* 2004, 328, m.nt. PvB. Vergelijk voorts C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen, De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2003, (o.a.) p. 287-288.

18 Art. 8.20 lid 1 Wm. Zie bijvoorbeeld ABRvS 20 juni 2000, *AB* 2000, 384, m.nt. C.L. Knijff.

19 C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 5-9 en p. 12-13, en ABRvS 18 februari 2004, *AB* 2004, 237, m.nt. C.L. Knijff onder *AB* 2004, 238.

afspraken in geval van handhaving door het toezicht houdende bevoegd gezag kunnen worden genegeerd. Het bevoegde toezicht houdende gezag kan immers uitgaan van de feitelijke situatie waarin een bepaalde (rechts)persoon feitelijk als drijver van de inrichting optreedt. Juist dit feitelijke karakter van de beoordeling van de vragen wie als drijver van de inrichting is aan te merken, en of er ná de civielrechtelijke transactie sprake is van één of juist meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, kan in de overnamepraktijk voor onduidelijkheden zorgen.

*(3) Geldelijke waardering van Wm-vergunning tussen contractspartijen*

Het voorgaande betekent overigens niet dat de contractspartijen betrokken bij een bedrijfsovername de desbetreffende Wm-vergunning onderling niet op geld kunnen waarderen. Zij kunnen de door hun ingeschatte geldelijke waarde van de Wm-vergunning verdisconteren in de koopprijs met betrekking tot de over te nemen onderneming/inrichting. Sinds in art. 8.20 lid 2 Wm<sup>20</sup> een meldingsplicht ten aanzien van de overgang van de Wm-vergunning is opgenomen, kan ook in de koopovereenkomst worden opgenomen dat bijvoorbeeld de verkoper de ingevolge de Wm vereiste mededeling aan het bevoegd gezag doet.<sup>21</sup> De contracterende partijen kunnen op die manier bijvoorbeeld onderling bewerkstelligen dat de gevolgen van het achterwege blijven van de – niet-constitutieve oftewel niet voor de overgang van de Wm-vergunning vereiste – melding voor rekening komt van de verkoper, en niet voor rekening van de koper. Het achterwege laten van een dergelijke melding levert immers een economisch delict op in de zin van artikel 1a onder 2 van de Wet op de Economische Delicten (WED), en is in zoverre wel weer van belang ten tijde van een bedrijfsovername.

*(4) Persoonsgebonden Wm-vergunning (art. 8.20 lid 3 Wm)*

Ten aanzien van de uitzonderingsbepaling betreffende de persoonsgebonden Wm-vergunning (art. 8.20 lid 3 Wm) geldt natuurlijk wel dat overgang slechts mogelijk is na goedkeuring door het bevoegd gezag. Een dergelijke Wm-vergunning is immers specifiek aan een bepaalde (rechts)persoon verleend waarbij persoonlijke omstandigheden een rol van betekenis spelen. Er kan dan geen sprake zijn van een overgang van rechtswege van de desbetreffende Wm-vergunning.<sup>22</sup> De achterliggende gedachte is dat het bevoegd gezag juist vanwege het persoonsgebonden element van die vergunningverlening de mogelijkheid moet hebben een overgang van de vergunning naar een andere (rechts)persoon tegen te houden.

---

<sup>20</sup> Zie ook art. 5.20 van het Inrichtingen- en vergunningbesluit milieubeheer, waarin is vastgelegd welke gegevens moeten worden verstrekt aan het bevoegd gezag.

<sup>21</sup> Vergelijk C.L. Knijff in punt 3 van haar noot bij ABRvS 24 december 2003, AB 2004, 238.

<sup>22</sup> Zie bijvoorbeeld HR 9 april 2004, AB 2004, 328, m.nt. PvB, r.o. 3.4.3: “Nu in het onderhavige geval de verkoop van de visdocumenten, naar in cassatie niet wordt bestreden, ten tijde van de faillietverklaring niet was gevolgd door een wijziging van de tenaamstelling van die visdocumenten langs publiekrechtelijke weg, heeft het hof met juistheid geoordeeld dat de aan de visdocumenten verbonden rechten in de faillissementsboedel vielen en niet tot het vermogen van Agin zijn gaan behoren.”

### *Wijziging of intrekking van de Wm-vergunning*

Het bevoegd gezag kan de verleende Wm-vergunning voor de bestaande inrichting wijzigen<sup>23</sup> of intrekken<sup>24</sup> indien er vanwege het plaatsvinden van een civielrechtelijke transactie wijzigingen binnen de oorspronkelijke inrichting zijn opgetreden. In elk geval kan de vergunninghoudende drijver van de inrichting altijd het verzoek indienen bij het bevoegd gezag om de bestaande Wm-vergunning te wijzigen of in te trekken.<sup>25</sup> De vraag of dit verzoek dan ook altijd wordt ingewilligd, of behoort te worden ingewilligd, door het bevoegd gezag is een andere. Het bevoegd gezag kan binnen de grenzen van de wettelijke bepalingen beslissen – mede de mogelijke bezwaren van belanghebbende(n) in aanmerking nemende – of het over gaat tot wijziging van de bestaande milieuvergunning en/of tot nieuwe milieuvergunningverlening. Het is de vraag hoever deze zogenaamde discretionaire bevoegdheid van het bevoegd gezag reikt, en of het bevoegde gezag – zonder tekort te doen aan de bescherming van ons milieu – bij de vergunningverlening meer rekening kan houden met het feit dat er een civielrechtelijke transactie heeft plaatsgevonden (zie par. 2.7).

## **2.2 De begrippen inrichting en drijver in de Wm; het begrip exploitant in diverse Europese milieuriichtlijnen**

### *2.2.1 Algemeen*

Het begrip inrichting heeft, zoals gezegd, een belangrijke functie in de Wm. Aan de hand van dit begrip wordt immers bepaald of de uitoefening van een bedrijvigheid al dan niet is onderworpen aan Wm-(vergunnings)voorschriften. Onder de term milieu(vergunnings)voorschriften worden hierna verstaan Wm-vergunningsvoorschriften of de algemene milieuregels. Art. 1.1 lid 1 Wm geeft de volgende omschrijving van de inrichting:

“Elke door de mens bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig was, ondernomen bedrijvigheid die binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht.”

Art. 1.1 leden 3 en 4 Wm luiden vervolgens:

- “3. Bij algemene maatregel van bestuur worden categorieën van inrichtingen aangewezen, die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken.
- 4. Elders in deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt onder inrichting verstaan een inrichting, behorende tot een categorie die krachtens het derde lid is aangewezen. Daarbij worden als één inrichting beschouwd de tot eenzelfde onderneming of instelling behorende

<sup>23</sup> Conform art. 8.23 Wm.

<sup>24</sup> Conform art. 8.20 lid 3 Wm.

<sup>25</sup> Art. 8.26 Wm. Zie ook ABRvS 24 juli 2002, *AB* 2003, 7, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

installaties die onderling technische, organisatorische of functionele bindingen hebben en in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen. Onze Minister kan nadere regels stellen met betrekking tot hetgeen in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder inrichting wordt verstaan.”

De begripsomschrijving in art. 1.1 leden 3 en 4 Wm is aan de Wm toegevoegd via een amendement van de Tweede Kamer.<sup>26</sup> De Tweede Kamer wilde het begrip inrichting – naar aanleiding van de Hinderwet (één van de voorgangers van de Wm) in de jurisprudentie vormgegeven – wettelijk vastleggen in de Wm.<sup>27</sup> De Nederlandse regering meende dat een dergelijke begripsomschrijving nooit alle nuances zoals deze zich in de praktijk zouden voordoen zou kunnen omvatten, en zette daarom liever de situatie voort zoals die bestond vóór de invoering van de Wm, met name doelend op de Hinderwet. Daarnaast zou de bestuursrechter het begrip inrichting beter kunnen aanpassen aan toekomstige ontwikkelingen, en zou opname van een definitie in de wet te weinig flexibel zijn, aldus de toenmalige minister van VROM.<sup>28</sup> Ook de Hinderwet bevatte immers geen omschrijving van het begrip inrichting. De wettelijke definitie met betrekking tot de inrichting is er echter toch gekomen. Deze is dermate ruim geformuleerd dat ook thans de bestuursrechter een belangrijke rol vervult bij het nader invullen van dit wettelijke begrip. Er kan inmiddels worden vastgesteld dat de bestuursrechter heeft voort-

26 Amendement van Tweede Kamerleden Esselink en Van der Vaart, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 087, nr. 36. De toelichting bij het amendement luidt als volgt: “Deze amendementen definiëren het begrip inrichting in de wet, aansluitend bij de huidige jurisprudentie. De omschrijving richt zich primair op bedrijfsmatig ondernomen werkzaamheden, maar sluit niet uit dat ook andere activiteiten worden aangewezen als een inrichting indien zij een omvang hebben vergelijkbaar met bedrijfsmatige activiteiten. Mobiele installaties vallen buiten de omschrijving tenzij deze gemeenlijk binnen een bepaalde begrenzing zijn opgesteld of afge-meerd.” Zie hieromtrent ook het onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van VROM door V.M.Y. van 't Lam, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Het begrip 'inrichting' in de Wet milieubeheer, een onderzoek naar het begrip 'inrichting' als aangrijppunt voor milieuregelgeving*, Onderzoeksreeks milieuwetgeving 2002/1, VROM, juni 2002, p. 12-13.

27 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 087, nr. 6, p. 41, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 087, nr. 12, p. 19-20. Zie ook *Tweede Kamer WABM/VAR*, 18 juni 1991, TK 93, 93-5337, waar Tweede Kamerlid Esselink zegt (tezamen met Tweede Kamerlid Van der Vaart de indiener van het amendement (art. 1.1 lid 4 Wm) betreffende het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer): “Een belangrijke taak van de wetgever is het geven van een wettelijke basis aan maatschappelijke ontwikkelingen, met andere woorden codificatie. Juist de rechtsvorming rondom het begrip inrichtingen zou nu moeten uitmonden in codificatie. Dat voor het formuleren van een goede definitie uitgebreid onderzoek nodig zou zijn, wil er bij mij niet meer in. De discussie in juridische kringen speelt al jaren. Ik heb dan ook samen met collega Van der Vaart een amendement ingediend om dat te beslechten.” Zie ook *Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, p. TK 98, 98-5731 – 98-5732.

28 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 087, nr. 6, p. 41-42. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 087, nr. 13, p. 23, waar de minister van VROM opmerkt: “Ook is bij een ver uitgewerkte en daardoor per definitie erg ingewikkelde definitie in het geheel niet denkbeeldig dat toch alleen maar een schijnzekerheid wordt geboden. Jurisprudentie zal toch nodig blijven om, zoals dat nu – terwijl de inhoud van het begrip in abstracto in de jurisprudentie vrij stevig vastligt – ook gebeurt, in concrete gevallen telkens weer te bepalen of sprake is van “inrichting” in de zin van de definitie. Daarbij is de verschijningsvorm in zo’n concreet geval bepalend voor het antwoord op de vraag of ook die vorm binnen het gedefinieerde begrip valt.” Zie ook *Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, TK 98, 98-5749, minister Alders van VROM, linker kolom. Zie tevens H.E. Woldendorp, *Commentaar Wet Milieubeheer*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie BV, september 2000, Band 1, p. B 2 1.1-4a en p. B 2 1.1-4b. In dit commentaar wordt uitgebreid ingegaan op artikel 1.1 Wm en het begrip inrichting.

gebouwd op de jurisprudentie zoals deze bestond vóór de vastlegging van het begrip inrichting in de Wm. Kennisname van de definitie van de inrichting is overigens slechts de eerste stap om na te gaan of hoofdstuk 8 van de Wm toepasselijk is.

Alleen de categorieën van inrichtingen die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen veroorzaken én in een algemene maatregel van bestuur zijn opgenomen, zijn immers Wm-vergunningplichtig of moeten aan algemene milieuregels voldoen. Door deze structuur kan er worden gesproken van een ‘tweetrapsraket’:<sup>29</sup> de bedrijvigheid moet voldoen aan (i) de definitie van het begrip inrichting van art. 1.1 leden 1 en 4 Wm en (ii) behoren tot een categorie zoals aangewezen in een algemene maatregel van bestuur (het Inrichtingen- en Vergunningenbesluit milieubeheer (art. 1.1 lid 3 Wm)). Indien een bedrijvigheid bijvoorbeeld wel is opgenomen in het Inrichtingen- en Vergunningenbesluit, maar niet kan worden aangemerkt als bedrijfsmatig (maar daarentegen als hobbymatig), is er geen sprake van een inrichting in de zin van de Wm, en is er ook geen Wm-vergunning vereist voor de desbetreffende activiteit. Opmerking verdient dat dit uitgangspunt wordt genuanceerd aangezien hoofdstuk 8 van de Wm wel toepasselijk is indien een activiteit een zodanige omvang heeft, dat zij redelijkerwijs niet tot de normale particuliere huishouding kan worden gerekend (‘een omvang alsof zij bedrijfsmatig was’, zie de definitie van art. 1.1 lid 1 Wm).

Veel inrichtingen in de zin van de Wm vallen tegenwoordig echter onder een categorie zoals aangewezen via art. 8.40 lid 1 Wm en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (het Activiteitenbesluit).<sup>30</sup> Dergelijke inrichtingen hebben geen Wm-vergunning meer nodig. De geldende algemene milieuregels zijn voor die categorieën vastgelegd in het Activiteitenbesluit.<sup>31</sup> Een inrichting valt nu onder het Activiteitenbesluit, tenzij in het Activiteitenbesluit is aangegeven dat de activiteit verricht binnen de inrichting milieuvergunningplichtig is (zie Bijlage 1 van het Activiteitenbesluit).

Zoals gezegd kan het begrip inrichting een rol van betekenis spelen in geval van een bedrijfsovername. Veranderen door een juridische (af)splitsing of een gedeeltelijke activa/passivatransactie bijvoorbeeld de ‘technische, organisatorische of functionele bindingen’ van ‘tot eenzelfde onderneming behorende installaties’?

29 Deze terminologie is overgenomen van H.E. Woldendorp, *Commentaar Wet Milieubeheer*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie BV, september 2000, Band 1, p. B 2 1.1-4b en p. B 2 1.1-4c.

30 Zie art. 8.1 lid 1 Wm: “Het is verboden zonder daartoe verleende vergunning een inrichting waartoe een gpbv-installatie behoort:  
a. op te richten;  
b. te veranderen of de werking daarvan te veranderen;  
c. in werking te hebben.”

31 Art. 8.40 lid 1 Wm: “Bij algemene maatregel van bestuur kunnen met betrekking tot daarbij aangewezen categorieën van inrichtingen regels worden gesteld, die nodig zijn ter bescherming van het milieu. Bij de maatregel kan worden bepaald dat daarbij gestelde regels slechts gelden in daarbij aangegeven categorieën van gevallen.”

En zo ja, welke consequenties heeft dit voor (1) de vergunningverlening en (2) de verkrijgende rechtspersoon na een juridische (af)splitsing of een overnemende partij? Met name de vereisten van ‘onderling technische, organisatorische of functionele bindingen welke in elkaars onmiddellijke nabijheid zijn gelegen’ van art. 1.1 lid 4 Wm kunnen in de praktijk voor onduidelijkheden zorgen.

De door de sectorale wetgeving, zoals de Hinderwet, en thans de Wm gelaten ruimte met betrekking tot het begrip inrichting heeft aanleiding gegeven tot een grote stroom bestuursrechtelijke uitspraken ten aanzien van het begrip inrichting.<sup>32</sup> Reeds in 1959 werd als volgt over het begrip inrichting geoordeeld:

“dat dan ook vrijwel elke door de mens ondernomen bedrijvigheid, welke binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht en daarbuiten gevaar, schade of hinder van ernstige aard kan veroorzaken, voldoende grond oplevert om te spreken van een inrichting in de zin der Hinderwet.”<sup>33</sup>

Vele bestuursrechtelijke uitspraken met betrekking tot het begrip inrichting volgden daarna. Hieronder zal, aan de hand van de definitie van het begrip inrichting in art. 1.1 Wm en de jurisprudentie naar aanleiding van dit begrip, kort worden aangegeven welke activiteiten naar de huidige stand van de jurisprudentie onder dit begrip vallen, en wanneer er sprake is van één inrichting of juist van meerdere inrichtingen.

*“Bedrijfsmatig of in een omvang alsof zij bedrijfsmatig is” (art. 1.1 lid 1 Wm)*

Activiteiten uitgevoerd binnen een particulier huishouden vallen niet onder het begrip inrichting, en zijn daarom niet vergunningplichtig of vallen niet onder de algemene milieuregels. Indien de (particuliere) activiteiten echter naar hun aard en omvang als bedrijfsmatig zijn te kwalificeren, kan er toch sprake zijn van een inrichting in de zin van de Wm. Er moet worden nagegaan of er sprake is van een bedrijfsmatige en op winst gerichte activiteit waarmee wezenlijke inkomsten worden verworven.<sup>34</sup> Er wordt door de rechter een economisch criterium gehanteerd

32 Zie voor een uitgebreid overzicht dienaangaande: *Commentaar Wet Milieubeheer*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie BV, september 2000, Band 1, commentaar bij artikel 1.1, *Praktijkboek Milieu*, Jurisprudentie D2, Kluwer, p. D44-159 tot en met p. D44-248b, D. van der Meijden, *Katern, Begrip 'inrichting', jurisprudentie en toelichting inzake het begrip 'inrichting'*, Koninklijke Vermande, 2002 (dit katern vormt onderdeel 7.1 van de losbladige Vermande-uitgave Wet Milieubeheer (code M41)), H.E. Woldendorp en P.C.M. Heinen, ‘Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer, Een analyse van de jurisprudentie’, *BR* 1999/5, p. 375-389, het onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van VROM door V.M.Y. van 't Lam, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Het begrip 'inrichting' in de Wet milieubeheer, een onderzoek naar het begrip 'inrichting' als aangrijppunt voor milieuregelgeving*, Onderzoekreeks milieuwetgeving 2002/1, VROM, juni 2002 en V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2005.

33 Koninklijk Besluit (KB) van 25 november 1959, nr. 25, *AB* 1960, 219. Deze uitspraak is opgenomen in: Th.G. Drupsteen en D. van der Meijden, *Jurisprudentie Milieurecht met annotaties*, Editie 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 2-4.

34 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 augustus 2002, *JM* 2002, 107, m.nt. Zigenhorn en ABRvS 19 december 2001, *JM* 2002, 54.



ter beoordeling van de vraag of een activiteit bedrijfsmatig, of in de omvang alsof zij bedrijfsmatig is, wordt uitgevoerd.<sup>35</sup> Uiteraard moet deze bedrijvigheid onder een categorie van het Ivb kunnen worden gebracht.

*“Bedrijvigheid welke binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht” (art. 1.1 lid 1 Wm)*

De zinsnede “bedrijvigheid welke binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht” moet ruim worden uitgelegd. Het kan ook gaan om een bedrijvigheid die herhaaldelijk op een bepaalde plaats wordt verricht. Mobiele installaties zijn onder omstandigheden bijvoorbeeld als een inrichting te beschouwen.<sup>36</sup> Bijvoorbeeld in het geval dat de mobiele installaties gedurende een bepaalde periode achtereen op een bepaalde plaats worden geïnstalleerd.<sup>37</sup> Aan mobiele installaties die onderdeel uitmaken van een inrichting kunnen overigens altijd eisen worden gesteld, ook al zouden deze mobiele installaties zelfstandig niet als inrichting kunnen worden aangemerkt.<sup>38</sup> Activiteiten die echter éénmalig worden uitgevoerd en binnen een kort tijdsbestek kunnen worden afgerond, zijn niet aan te merken als een inrichting in de zin van de Wm.<sup>39</sup>

*“Onderling technische, organisatorische of functionele bindingen”, “eenzelfde onderneming of instelling” (art. 1.1 lid 4 Wm) en daaruit voortvloeiend zeggenschap*

Opvallend is dat art. 1.1 lid 4 Wm spreekt over technische, organisatorische of functionele bindingen. Gezien deze zinsnede lijkt het alsof, indien er bijvoorbeeld sprake is van (sterke) onderlinge technische en functionele bindingen, het niet altijd noodzakelijk is dat de installaties binnen één inrichting een organisatorische binding hebben. Een dergelijke benadering blijkt heel soms uit de rechtspraak,<sup>40</sup> maar is heel uitzonderlijk te noemen.<sup>41</sup> De bestuursrechter oordeelt in de regel dat er sprake moet zijn van enige mate van organisatorische binding binnen, en daaruit voortvloeiende een bepaalde mate van (reële) zeggenschap over, de inrich-

35 Zie V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2005, p. 76-84.

36 AGRvS 9 augustus 1991, *M&R* 1993/1, nr. 6.

37 Zie echter de uitsluiting zoals vermeld in categorie 1.2 onder a Ivb, waarin wordt bepaald dat elektromotoren, verbrandingsmotoren en installaties voor het stoken van brandstoffen die tijdelijk in een bepaalde omgeving zijn, worden uitgesloten.

38 AGRvS 20 juli 1989, *M&R* 1990/6, nr. 38, m.nt. Nijhoff.

39 Zie ook V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2005, p. 84-94.

40 Vergelijk bijvoorbeeld AGRvS 4 juni 1993, *M&R* 1994/12, nr. 117 en ABRvS 25 juli 1994, *M&R* 1995/2, nr. 26, Vz. ABRvS 7 oktober 1999, *JM* 1999, 156, m.nt. Zigenhorn, H.E. Woldendorp en P.C.M. Heinen, ‘Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer, Een analyse van de jurisprudentie’, *Bouwrecht* 1999/5, p. 380 en de noot van V.M.Y. van 't Lam (punt 3) onder ABRvS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 88.

41 Vergelijk V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 126-127.

ting.<sup>42</sup> Dit in de jurisprudentie ontwikkelde zeggenschaps criterium is van groot belang bij de beoordeling van de vraag, door de bestuursrechter of het bevoegd gezag, of er al dan niet sprake is van één inrichting, en wie zijn aan te duiden als drijvers van de inrichting. Maar de afwezigheid van zeggenschap over de inrichting betekent dus niet dat er in die gevallen nooit sprake kan zijn van één inrichting in de zin van de Wm.<sup>43</sup> De bestuursrechter hanteert immers vaak een feitelijke benadering van de situatie. Daarbij wordt door de bestuursrechter nagegaan welke bindingen aanwezig zijn, meestal zonder specifieke verwijzing naar het zijn van 'eenzelfde onderneming of instelling'.<sup>44</sup>

Er kan sprake zijn van meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, ondanks de omstandigheid dat verschillende installaties eigendom zijn van dezelfde (rechts)persoon en op één bedrijfsterrein zijn gesitueerd. Het nabijheidsvereiste betekent overigens dat de installaties meestal niet verder dan ongeveer 500 tot 1000 meter van elkaar mogen zijn gelegen.<sup>45</sup> In uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld in geval van een windturbinepark of een bedrijf gevestigd op het platteland, kan ook bij een grotere afstand sprake zijn van één inrichting.<sup>46</sup>

Volgens *Van der Meijden* zijn de rechterlijke uitspraken die abstraheren van niet alleen de formele, maar ook van de feitelijke eigendomsverhouding, contra legem. Dat wil zeggen, in strijd met de wet.<sup>47</sup> Hij stelt dat een verklaring voor deze jurisprudentie moeilijk is te geven. Het begrip 'eenzelfde onderneming of instelling' is volgens hem door de bestuursrechter waarschijnlijk dusdanig opgerekt, dat deze kan worden gelezen als 'in eenzelfde gemeenschappelijk gebouw (of deel van een gebouw) of op hetzelfde perceel aanwezige installaties'. Mijns inziens heeft Van der Meijden wel een punt dat afwijking van feitelijke eigendomsverhoudingen niet voortvloeit uit de wettelijke definitie, maar hoeft deze ruime rechterlijke interpretatie niet direct in strijd met de wet te zijn. De bestuursrechter legt artikel 1.1 Wm ruim uit, maar heeft daartoe ook de mogelijkheid gezien de ruime for-

42 In ABRvS 29 januari 2003, *JM* 2003, 73, m.nt. Zigenhorn werd geoordeeld dat er sprake moest zijn van reële zeggenschap over bepaalde winkels om die deel uit te laten maken van de inrichting van een vergunningshoudster, hetgeen in casu niet het geval was. Ook in ABRvS 21 juli 2004, *AB* 2005, 72, overweging 2.3.3, wordt de zeggenschap over de activiteiten van belang geacht om te oordelen of die activiteiten tot dezelfde inrichting behoren. Zie eveneens de heldere uiteenzetting op dit gebied in de conclusie van de Advocaat-Generaal Velling bij HR 9 maart 2004, *LJN* AN9919.

43 Zie AGRvS 4 juni 1993, *M & R* 1994/12, nr. 117, Vz. AGRvS 24 december 1993, *AB* 1994, 618 en ABRvS 21 juli 1997, *JM* 1997, 62, m.nt. Zigenhorn.

44 Zie bijvoorbeeld AGRvS 26 april 1989, *M&R*, 1990/2, nr. 20.

45 Vergelijk V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 132-136. Zie voor een uitspraak waarin de ABRvS oordeelde dat installaties gelegen op een afstand korter dan 500 meter niet tezamen één inrichting vormden, ABRvS 30 mei 2007, *JM* 2007, 94, m.nt. Zigenhorn.

46 D. van der Meijden, *Katern, Begrip 'inrichting', jurisprudentie en toelichting inzake het begrip 'inrichting'*, Koninklijke Vermande, 2002, (dit katern vormt onderdeel 7.1 van de losbladige Vermande-uitgave Wet Milieubeheer (code M41)), p. 88-90.

47 D. van der Meijden, *Katern, Begrip 'inrichting', jurisprudentie en toelichting inzake het begrip 'inrichting'*, Koninklijke Vermande, 2002 (dit katern vormt onderdeel 7.1 van de losbladige Vermande-uitgave Wet Milieubeheer (code M41)), p. 69.

mulering van dit wetsartikel, en gezien het feit dat de wetgever dit wetsartikel nadrukkelijk als codificatie van de oudere jurisprudentie heeft gezien, waarbij aan de rechter de ruimte werd gelaten om in te springen op nieuwe ontwikkelingen.

Naast voormelde constatering van *Van der Meijden* kan worden vastgesteld dat rechtspersoonlijke aspecten ter beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm geen doorslaggevende rol van betekenis hebben. Het is één van de factoren aan de hand waarvan wordt bepaald of er al dan niet sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. De beoordeling van de bestuursrechter dat er sprake is van meerdere rechtspersonen én dus van meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, berust niet zozeer op de civielrechtelijke (eigendoms)constructies (rechtspersonen) waarmee ondernemingsactiviteiten worden uitgevoerd. De beoordeling berust op de zeggenschapsverhoudingen die voortvloeien uit die civielrechtelijke (eigendoms)constructies, zoals de zeggenschap voortvloeiende uit rechtspersoonrechtelijke verhoudingen. In sommige uitspraken van Nederlands hoogste bestuursrechter komt dit aspect duidelijk naar voren.

#### **ABRvS 24 december 2002 (drie verschillende rechtspersonen; drie verschillende inrichtingen)**

Vermeldenswaardig is ten eerste een uitspraak van de ABRvS van 24 december 2002.<sup>48</sup> In deze uitspraak oordeelde de ABRvS dat er ná een juridische splitsing drie verschillende bedrijven – een steenbrekerij, een asfaltfabriek en een betoncentrale – waren ondergebracht in drie verschillende rechtspersonen met elk eigen zeggenschap over de desbetreffende bedrijven. Daarnaast functioneerden de drie bedrijven/rechtspersonen volgens de ABRvS ook overigens in organisatorisch opzicht afzonderlijk van elkaar. De drie rechtspersonen vormden volgens de bestuursrechter derhalve tezamen niet één inrichting, maar dreven ieder op zich een aparte inrichting in de zin van de Wm. Hoewel de ABRvS in deze zaak constateerde dat de functionele en technische bindingen niet zeer sterk waren, en daarmee suggereerde dat indien deze bindingen wél sterk zouden zijn geweest er wellicht toch sprake zou kunnen zijn geweest van één inrichting in de zin van de Wm, wordt de omstandigheid dat er sprake is van drie verschillende rechtspersonen met elk eigen zeggenschap vooropgesteld. Opvallend is dat de ABRvS vaststelt dat ook overigens de bedrijven organisatorisch gezien afzonderlijk functioneren.

*Van 't Lam* veronderstelt in haar noot onder deze uitspraak dat daarmee waarschijnlijk wordt bedoeld op omstandigheden zoals het hebben van een eigen bedrijfsleider en eigen personeel.<sup>49</sup> In deze uitspraak stond het zeggenschapscri-

<sup>48</sup> ABRvS 24 december 2002, *AB* 2003, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

<sup>49</sup> Ze verwijst naar niet gepubliceerde uitspraken van de ABRvS van 26 juni 1997, nrs. F03.97.0231 en F03.97.0409.

terium centraal, maar werd er wel een duidelijke verwijzing gemaakt naar de civielrechtelijke eigendomsverhoudingen, namelijk de verschillende rechtspersonen, waaruit deze zeggenschap voortvloeit. Ook uit een uitspraak van 1 februari 2006 van de ABRvS blijkt dat de omstandigheid dat sprake is van twee verschillende vennootschappen met elk hun eigen directie van belang is voor het oordeel dat er dus sprake is van twee verschillende inrichtingen in de zin van de Wm.<sup>50</sup> En dat is naar mijn mening ook logisch te noemen.

### **ABRvS 28 december 1999 (één rechtspersoon – een vereniging – is drijver van één inrichting)**

In 1999 oordeelde de ABRvS dat de vereniging Het Jacht in Amsterdam als drijver van een jachthaven is aan te merken, ondanks het feit dat de jachthaven bestaat uit grond- en waterkavels die in eigendom toebehoren aan verschillende particulieren.<sup>51</sup> De redenering van de bestuursrechter was als volgt. De grondkavels worden als winterberging, en de waterkavels als ligplaats, voor de plezierboten van de afzonderlijke eigenaren gebruikt. Ook de vereniging (de rechtspersoon) Het Jacht beschikt over een aantal eigen grondkavels, waarop een afvalcontainer, een toilet en een douche zijn geplaatst waarvan de leden van de vereniging gebruik maken. De vereniging organiseert jaarlijks het gezamenlijk droogzetten en te water laten van de boten van de leden. De leden van de vereniging mogen daarnaast over de kavels van de vereniging lopen om bij hun boten te komen. Van belang is ook het bepaalde in de statuten van de vereniging. Het lidmaatschap van de vereniging is formeel niet verplicht, maar blijkens de statuten en het huishoudelijk reglement van de vereniging dient een eigenaar feitelijk lid te zijn van de vereniging om zijn eigendom te kunnen gebruiken. Op grond van deze omstandigheden is de jachthaven volgens de ABRvS aan te merken als één inrichting en is de vereniging Het Jacht drijver van de jachthaven.<sup>52</sup> In deze uitspraak wordt door de rechter duidelijk aansluiting gezocht bij de rechtspersoonlijke verhoudingen, waarbij zelfs – ter vaststelling van de organisatorische binding ten aanzien van, en de zeggenschap over, de jachthaven – wordt gekeken naar de inhoud van de statuten van de vereniging.

### **ABRvS 19 maart 1998 (één rechtspersoon die één inrichting drijft)**

In een uitspraak uit 1998 stelde de ABRvS vast dat een bedrijvencentrum (het Mercatorpark) in Nijmegen niet tezamen met de Katholieke Universiteit Nijmegen en het Academisch Ziekenhuis Nijmegen als één inrichting was te beschou-

50 ABRvS 1 februari 2006, *AB* 2006, 297, m.nt. C.L. Knijff. Knijff merkt in haar noot op dat het begrip ‘diegene die de inrichting drijft’ desalniettemin overwegend feitelijk wordt ingevuld. Dat wil zeggen dat wordt gekeken naar de feitelijke zeggenschap over de gang van zaken binnen de inrichting. Zie punt 8 van haar noot. Zie over deze uitspraak ook par. 2.3.

51 ABRvS 28 december 1999, *M&R* 2000/4, nr. 36 en *AB* 2000, 107, m.nt. FM.

52 Zie met name overweging 2.5 van de uitspraak van de ABRvS van 28 december 1999, *M&R* 2000/4, nr. 36 en *AB* 2000, 107, m.nt. FM.

wen. Dit onder meer vanwege de omstandigheid dat het bedrijvencentrum een zelfstandige functie had, werd gedreven door een zelfstandige rechtspersoon en de Katholieke Universiteit Nijmegen geen overwegende positie had in het bestuur van die rechtspersoon.<sup>53</sup>

*Nieuwe ontwikkeling: de voorgestelde Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)*

Via de Wabo wil de Nederlandse wetgever tot de invoering van één omgevingsvergunning komen, waarbij allerlei activiteiten die thans nog via verschillende vergunningsstelsels moeten worden vergund (waaronder de Wm-vergunning), in de toekomst in één vergunning worden geregeld.<sup>54</sup> Het is nog onduidelijk of, en wanneer, de Wabo in werking treedt.<sup>55</sup> Het begrip inrichting in de Wabo sluit in beginsel aan bij het begrip inrichting in de Wm (zie art. 1.1 lid 3 voorontwerp Wabo),<sup>56</sup> maar blijkt toch net een iets andere inhoud te hebben.<sup>57</sup> Eerst moet via de Wm worden vastgesteld dat er sprake is van een inrichting in de zin van de Wm, en vervolgens moet aan de hand van het aan de Wabo gekoppelde Besluit omgevingsrecht (Bor) worden vastgesteld of de inrichting vergunningplichtig is (zie art. 1.1 lid 3 voorontwerp Wabo). Volgens *Van 't Lam* wordt er op deze manier eigenlijk een nieuw inrichtingenbegrip in de Nederlandse milieuwetgeving geïntroduceerd.<sup>58</sup> Alhoewel art. 1.1 lid 3 voorontwerp Wabo naar het begrip één inrichting van artikel 1.1 lid 4 Wm verwijst, werpt het voorontwerp Wabo wél weer enige nieuwe rechtsvragen op. Op deze vragen zal hierna niet specifiek worden ingegaan, aangezien het nog onduidelijk is of de Wabo daadwerkelijk in de huidige voorgestelde vorm wordt ingevoerd, en de belangrijkste problemen in het kader van een bedrijfsovername wat betreft het begrip één inrichting zoals hierna in dit hoofdstuk besproken niet zullen wijzigen ná de mogelijke invoering van de Wabo in 2009. Hier wordt verwezen naar hetgeen *Van 't Lam* over deze mogelijke problemen opmerkt:

“Stel dat de fabriek waar ik het zojuist over had daadwerkelijk één inrichting vormt met het bedrijf dat verder op is gevestigd en de activiteiten door middel van één vergunning moeten worden gereguleerd. Vallen dan ook de andere activiteiten van dat bedrijf, zoals het slopen van gebouwen en het bouwen van dat bedrijf onder de vergunning voor die fabriek? En wat nu als dat bedrijf al een (Wabo) vergunning had? Of geldt de vergunning van de fabriek alleen voor het

<sup>53</sup> ABRvS 19 maart 1998, *M&R* 1998/9, nr. 83.

<sup>54</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 3, Memorie van Toelichting. Zie over de Wabo tevens A.B. Blomberg, F.C.M.A. Michiels en A.G.A. Nijmeijer, ‘Vergunningverlening in het omgevingsrecht: naar stroomlijning of integratie?’, *TO* 2005/1, p. 3-11 en T. Nijmeijer, ‘De gefaseerde verlening van de omgevingsvergunning in het voorontwerp Wabo: een gebrekkige regeling’, *StAB* 2006/3, p. 9-14.

<sup>55</sup> Zie [www.vrom.nl](http://www.vrom.nl).

<sup>56</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 2.

<sup>57</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 92.

<sup>58</sup> V.M.Y. van 't Lam, ‘De gevolgen van de Wabo voor het begrip inrichting’, in: M.V.C. Aalders & R. Uylenburg, *Het milieurecht als proeftuin. 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 5-18.

bedrijf voor zover het om aspecten gaat die thans onder de milieuvergunning vallen? Ingevolge de Wabo geldt de vergunningplicht voor een 'project', maar dat begrip biedt voor dit voorbeeld geen oplossing want de betekenis van dat begrip is niet duidelijk. Kortom, ten aanzien van de toepassing van artikel 1.1 lid 4 Wm rijzen mijns inziens vragen waarover goed moet worden nagedacht."<sup>59</sup>

Problemen kunnen dus met name rijzen omdat de eventueel in de toekomst geldende Wabo-vergunning geldt voor veel méér activiteiten in vergelijking tot de huidige Wm-vergunning. Ook bouwactiviteiten vallen bijvoorbeeld onder de Wabo-vergunning. Wellicht schept de wetgever tijdens de verdere parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel meer duidelijkheid op dit punt.

## 2.2.2 *De zinsnede 'eenzelfde onderneming of instelling' in artikel 1.1 lid 4 Wm*

Omdat dit boek zich onder andere richt op facetten van zowel milieurecht als ondernemingsrecht, past het hier om stil te staan bij het 'ondernemingsrechtelijk geformuleerde' onderdeel van de definitie van één inrichting in de Wm, te weten de zinsnede: 'tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties'. Dit door de Tweede Kamer toegevoegde onderdeel van de wettelijke definitie heeft tot dusver geen grote rol gespeeld in de jurisprudentie van de ABRvS met betrekking tot artikel 1.1 lid 4 Wm. Zou dit onderdeel van de definitie een belangrijkere rol moeten of kunnen spelen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm? En zo ja, wat zijn dan de voordelen van een dergelijke benadering?

Indien er géén sprake is van organisatorische binding in de zin van artikel 1.1 lid 4 Wm, kan er mijns inziens ook geen sprake zijn van 'eenzelfde onderneming', tenzij de term 'onderneming' in artikel 1.1 lid 4 Wm geheel taalkundig moet worden geïnterpreteerd en te vergelijken is met het werkwoord '(iets) ondernemen'. Deze laatste redenering lijkt mij geen aantrekkelijke. Het betreft hier een onderdeel van een wettelijke definitie die uiteindelijk bepaalt of voor het uitvoeren van bepaalde activiteiten al dan niet een Wm-vergunning is vereist. Enige duidelijkheid is derhalve geboden. Dit gezegd hebbende: wat is een onderneming eigenlijk? In het privaatrecht wordt de term onderneming in verschillende wetten gebruikt.<sup>60</sup> Complicatie is dat het begrip onderneming ook in het privaatrecht

59 V.M.Y. van 't Lam, 'De gevolgen van de Wabo voor het begrip inrichting', in: M.V.C. Aalders & R. Uylenburg, *Het milieurecht als proeftuin. 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 16-17.

60 Zie bijvoorbeeld de art. 2:140 (2:250) BW (taakomschrijving van de Raad van Commissarissen), 2:344 sub b en 2:347 BW (enquêterecht), 2:360 BW (jaarrekening van stichtingen en verenigingen die één of meer ondernemingen in stand houden), 7:662 – 7:666 BW (rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming), 1 lid 1 sub c Wet op de Ondernemingsraden, 1 lid 1 sub c, 1 lid 1 sub d en 2 lid 1 Wet op de Europese Ondernemingsraden, 1 lid 1 sub a SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000, 2-4 Handelsregisterwet 1996 en 1 sub f van de Mededingingswet.

ondernemingsrecht geen uitgekristalliseerd en eenduidig begrip is. Inkleuring van deze term is mede afhankelijk van de doelstelling van de desbetreffende wet. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de wettelijke omschrijving van onderneming in de Wet op de Ondernemingsraden.<sup>61</sup> In deze wet is de onderneming min of meer ‘arbeidsrechtelijk’ geformuleerd, zodat verschillende organisatorische samenwerkingsverbanden in de Nederlandse samenleving op grond van deze wet kunnen worden verplicht tot het instellen van een ondernemingsraad.<sup>62</sup>

Binnen het vennootschapsrechtelijke kader is in de literatuur wel getracht een sluitende definitie van het begrip onderneming te formuleren. *Van Schilfgaarde* geeft de volgende beschrijving van de onderneming: ‘een organisatorisch verband, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer’.<sup>63</sup> *Timmerman*,<sup>64</sup> en in navolging *Slagter*,<sup>65</sup> stellen dat een onderneming een “zelfstandige en duurzaam georganiseerde groep van personen, die goederen en/of diensten voortbrengt respectievelijk distribueert, waarbij deze groep zich bij het volbrengen van deze activiteiten laat leiden door signalen uit de markt waarop zij optreedt” is. *Slagter* stelt wel vast dat de wetgever de termen onderneming en bedrijf door elkaar heen gebruikt en dat er zijns inziens inderdaad ook geen duidelijk onderscheid tussen beiden is te maken.

Ook met betrekking tot de milieuwetgeving heeft deze opmerking van *Slagter* betekenis. In art. 43 lid 2 Wbb bijvoorbeeld, wordt de term bedrijf gebruikt in het kader van het opleggen van een bodemonderzoeksbevel of van een bevel tot het nemen van tijdelijke beveiligingsmaatregelen.<sup>66</sup> Het begrip bedrijf heeft in dat geval volgens de wetgever een ruime reikwijdte – ook overheidsbedrijven (bijvoorbeeld gemeentelijke stortplaatsbeheerders), ziekenhuizen en stichtingen vallen hier bijvoorbeeld onder – maar de organisatorische binding van het rechtssubject tot wie een bevel kan worden gericht is het uitgangspunt.<sup>67</sup> De wetgever heeft in de Wbb derhalve aansluiting gezocht bij de privaats- en ondernemingsrechtelijke realiteit. In de Wm en haar voorgangers is meer een eigen kader gevormd. Wél is het inrichtingenbegrip in de Wm primair gericht op bedrijfsmatige activiteiten

61 Art. 1 lid 1 sub c Wet op de Ondernemingsraden bepaalt dat onder ‘onderneming’ in deze wet wordt verstaan “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeids-overeenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.

62 De instelling en omvang van een ondernemingsraad is overigens afhankelijk van andere (kwantitatieve) vereisten, zie onder andere de hoofdstukken 2 en 3 van de Wet op de Ondernemingsraden.

63 P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 4.

64 L. Timmerman, ‘Ondernemingsrecht en economische orde’, *SEW* 1977, p. 288.

65 W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 1993, p. 42.

66 Artikel 43 lid 2 Wbb luidt: “De in het eerste lid bedoelde bevelen kunnen slechts worden gegeven aan diegene die een zakelijk of persoonlijk recht heeft op dat grondgebied en het tevens in gebruik heeft of heeft gehad in de uitoefening van een bedrijf.”

67 Zie *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Vermande 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 lid 1 en 2 Wbb, B-2.4, p. 47.

(zie art. 1.1 lid 1 Wm), hetgeen ook blijkt uit de zinsnede ‘eenzelfde onderneming of instelling’. Dit is uitdrukkelijk ten tijde van de invoering van art. 1.1 lid 4 beoogd.<sup>68</sup>

Het opvallende en gemeenschappelijke van alle hiervoor genoemde beschrijvingen van de onderneming of het bedrijf, is het vereiste van een organisatorisch bindingverband. Duidelijk is dat de inrichting zoals omschreven in de Wm geen synoniem is voor de onderneming. De inrichting omvat meer dan een onderneming, hetgeen in de definitie van art. 1.1 lid 4 Wm onder andere tot uitdrukking is gebracht met de toevoeging ‘of eenzelfde instelling’. De term instelling is echter nog meer onbepaald dan de term onderneming. De bestuursrechter acht, zoals hiervoor vermeld, in de regel wel organisatorische binding (en daaruit voortvloeiende: zeggenschap)<sup>69</sup> noodzakelijk om te kunnen spreken over één inrichting, maar toetst nauwelijks of er sprake is van ‘eenzelfde onderneming of instelling’.<sup>70</sup> In zoverre is de verwijzing naar ‘eenzelfde onderneming of instelling’ in art. 1.1 lid 4 Wm geworden tot een inhoudsloze zinsnede.

Wél zijn er de laatste jaren uitspraken van de ABRvS bekend, waarin soms wordt gekeken naar rechtspersoonlijke verhoudingen ter beoordeling van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Dit gebeurt dan in het kader van de organisatorische binding en het daaruit voortvloeiende zeggenschapscriterium. Zie bijvoorbeeld de hiervoor vermelde uitspraken van de ABRvS ten aanzien van de juridische splitsing van een drietal fabrieken<sup>71</sup> en de vereniging Het Jacht.<sup>72</sup> Een feitelijke benadering zónder rekening te houden met de omstandigheid dat er sprake is van ‘eenzelfde onderneming of instelling’ kan gunstig zijn voor ons milieu en voor omwonenden van een inrichting, en stuit in zoverre niet op bezwaren. Iets anders is echter de hanteerbaarheid van de begrip-

68 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 987, nr. 36. Vergelijk ook het Tweede Kamerlid Van der Vaart (tezamen met Tweede Kamerlid Esselink indiener van het amendement (art. 1.1 lid 4 Wm) betreffende het begrip inrichting in de wet (*Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, TK 98, p. 98-5731, rechter kolom): “Ik val dan terug op de door ons gevolgde lijn dat we geprobeerd hebben tot uitdrukking te brengen wat eronder zou moeten vallen, en dat wij erkennen wat er niet onder valt. We moeten daarom een discussie houden over de vraag of dat een concrete afbakening is in de ogen van de wetgever. Ik heb nog geen argumenten van de minister gehoord dat we bepaalde aspecten ten onrechte niet of ten onrechte wel regelen.”

69 Zie bijvoorbeeld ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998, 268, m.nt. GJ (Alvat), waar de Afdeling Bestuursrechtspraak bepaalde dat ook een curator, zelfs indien hij ná het faillissement de inrichting niet voortzet krachtens artikel 98 Fw, in een zodanige bijzondere gezagsverhouding tot de inrichting staat dat hij kan worden aangemerkt als de drijver van de inrichting. Zie over deze uitspraak uitgebreid par. 9.3.2.

70 Zie hierover H.J.M. Besselink, H.A.E. Uniken Venema en M. Verbree, “Een complexvergunning voor zelfstandige bedrijven”, *M&R* 1996/2, p. 41, C.L. Knijff, ‘Wie drijft de inrichting?’, *M&R* 1999/12, p. 288-290, T.E.P.A. Lam, ‘De Wm-inrichting: met een definitie verder van huis?’, *De Gemeentestem* 1998, nr. 7074, p. 224, V.M.Y. van ’t Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2005, p. 124-125, H.E. Woldendorp en P.C.M. Heinen, ‘Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer. Een analyse van de jurisprudentie’, *BR* 1999/5, p. 380-381, ABRvS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 88 en de noot van V.M.Y. van ’t Lam (punt 3) onder deze uitspraak en ABRvS 8 augustus 2000, *M&R* 2001/1, nr. 6.

71 ABRvS 24 december 2002, *AB* 2003, 88, m.nt. V.M.Y. van ’t Lam.

72 ABRvS 28 december 1999, *M&R* 2000/4, nr. 36 en *AB* 2000, 107, m.nt. FM.



pen onderneming, instelling en organisatorische binding in de zin van de Wm voor de overnamepraktijk, met name voor de mogelijkheid van een gemakkelijke overgang van reeds vergunde activiteiten. Het zou voor de overnamepraktijk verhelderend kunnen werken indien de zinsnede ‘eenzelfde onderneming of instelling’, tezamen met het vereiste van organisatorische binding, daadwerkelijk door het bevoegd gezag wordt betrokken bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Over de wenselijkheid en de voor- en nadelen van een dergelijke benadering, zie par. 2.7.

### 2.2.3 *Het begrip exploitant in drie Europese milieuriichtlijnen*

Hiervoor is ingegaan op het begrip inrichting in de Wm. Ook op Europees niveau speelt de vraag hoe bepaalde vergunningplichtige (bedrijfs)activiteiten juridisch kunnen worden ingekaderd. De noodzaak van organisatorische binding tussen de verschillende installaties ter beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm komt in iets andere vorm ook terug in enkele Europese (milieu)richtlijnen. In deze paragraaf bespreek ik in kort bestek drie Europese (milieu)richtlijnen waarin een definitie van de normadessaat, dat wil zeggen de (rechts)persoon tot wie de desbetreffende regels zijn gericht, een belangrijk onderdeel vormt. Daarbij valt op dat deze drie Europese richtlijnen de nationale wetgevers van de lidstaten van de Europese Unie de mogelijkheid bieden om diegene die economische beschikkingsmacht heeft als normadessaat aan te wijzen.

#### *De Integrated Pollution Prevention and Control richtlijn (IPPC-richtlijn)*

Ten eerste noem ik hier de in 1996 uitgevaardigde IPPC-richtlijn.<sup>73</sup> De IPPC-richtlijn ziet op de geïntegreerde preventie en bestrijding van milieuverontreiniging. Zij bevat maatregelen ter voorkoming en – indien dat niet mogelijk is – ter beperking, van emissies van industriële activiteiten in de lucht, het water en de bodem met inbegrip van afvalstoffen, met als doel het bereiken van een hoog beschermingsniveau voor het milieu (art. 1 IPPC-richtlijn). Gezien de definitie van verontreiniging in het tweede lid van art. 2 IPPC-richtlijn, vallen ook niet-grensoverschrijdende vormen van milieuverontreiniging zoals lokale en meer klassieke vormen, bijvoorbeeld hinder, onder de IPPC-richtlijn.<sup>74</sup> De reikwijdte van de IPPC-richtlijn is beperkt tot de verontreiniging veroorzaakt door grotere industriële installaties. Op grond van Bijlage 1 van de IPPC-richtlijn vallen met name activiteiten op het gebied van de energie-industrie, de productie en verwerking van metalen, de minerale industrie, de chemische industrie en het afvalbeheer onder de werking van de IPPC-richtlijn. Kleinere installaties vallen vooralsnog niet onder de IPPC-richtlijn. Art. 2 onder 9 van de IPPC-richtlijn bepaalt:

<sup>73</sup> Richtlijn inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging, 24 september 1996, *Pb EG*, L 257/26. Meest recente versie van 15 januari 2008, *Pb EG*, L 24/8 (2008/1/EG).

<sup>74</sup> Vergelijk M.P. Jongma, *De milieuvergunning, een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2002, p. 38-39.

“(…) Een vergunning kan betrekking hebben op één of meer installaties of delen van installaties die zich op dezelfde locatie bevinden en die door dezelfde exploitant worden geëxploiteerd.”

Meerdere installaties kunnen onder één vergunning vallen, indien sprake is van één exploitant. Een exploitant is volgens art. 2, onder 13, van de IPPC-richtlijn:

“Elke natuurlijke of rechtspersoon die de installatie exploiteert of bezit, of, indien de nationale wetgeving in die mogelijkheid voorziet, aan wie economische beschikkingsmacht over de technische werking is overgedragen.”

De IPPC-richtlijn verwijst primair naar een exploiterende natuurlijke of rechtspersoon, maar laat aan de nationale wetgevingen van de lidstaten van de Europese Unie ruimte om de reikwijdte van het begrip exploitant te vergroten. Deze ruimte wordt geboden doordat de IPPC-richtlijn de mogelijkheid open houdt om ook diegene met ‘economische beschikkingsmacht’ over de technische werking aan te duiden als exploitant. ‘Economische beschikkingsmacht’ betekent mijns inziens wél dat er een bepaalde mate van zeggenschap over de installatie(s) aanwezig moet zijn. Aanwezigheid van alleen technische en functionele bindingen tussen de verschillende installaties lijkt gezien het bepaalde in de IPPC-richtlijn onvoldoende om aan te nemen dat de desbetreffende installaties onder één vergunning vallen en zij worden geëxploiteerd door één exploitant. Er dient minimaal economische beschikkingsmacht over de installatie aanwezig te zijn. De Nederlandse wetgever heeft het begrip exploitant niet letterlijk in de Nederlandse wetgeving overgenomen, maar houdt vast aan het begrip drijver in de Wet milieubeheer, waaronder dus ook het begrip exploitant valt. De IPPC-richtlijn is immers geïmplementeerd in de Wm, en daarin wordt alleen gesproken over de drijver.<sup>75</sup>

#### *De Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten*

Een ander voorbeeld op Europees niveau is de Europese Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten, waarop ook in hoofdstuk 6 wordt ingegaan.<sup>76</sup> In art. 3 onder f (definities) van deze richtlijn wordt de exploitant omschreven als een:

“persoon die een installatie exploiteert of beheert, indien de nationale wetgeving daarin voorziet, aan wie de economische beschikkingsmacht over de technische werking is overgedragen.”

Een persoon is ingevolge art. 3 onder g van de Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten een natuurlijke persoon of rechtspersoon. Ook in de Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten wordt dus gesproken

<sup>75</sup> *Stb.* 2005, 432.

<sup>76</sup> Richtlijn 2003/87/EG van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad, *Pb EU*, L 275/32.

over begrippen als economische beschikkingsmacht, natuurlijk persoon en rechtspersoon. In de Nederlandse implementatiewetgeving is de term ‘exploitant van een installatie’ overigens weer ingekaderd in het inrichtingenbegrip<sup>77</sup> en het drijverschap over de inrichting.<sup>78</sup>

### *De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid*

Tot slot de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.<sup>79</sup> De bepalingen van deze richtlijn zijn geïmplementeerd in titel 17.2 van de Wm. Ingevolge de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid kan een exploitant in geval van (onmiddellijk dreigende) milieuschade gehouden zijn tot het nemen van preventieve maatregelen<sup>80</sup> en herstelmaatregelen.<sup>81</sup> In dit kader is art. 2 lid 6 (definities) van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid van belang. Dit artikellid luidt:

“‘exploitant’: particuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beroepsactiviteiten verricht of regelt, of, als dit in de nationale wetgeving is bepaald, aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van een dergelijke activiteit is overgedragen, met inbegrip van de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van een dergelijke activiteit of de persoon die een dergelijke activiteit laat registreren of er kennisgeving van doet.”<sup>82</sup>

In de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid wordt primair gesproken over een ‘particuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon’ als exploitant. Daarnaast wordt aangeknoopt bij het criterium van ‘economische zeggenschap over het technisch functioneren van een activiteit’ (in het Engels: ‘decisive economic power over the technical functioning of an activity’), althans alleen voor zover de nationale wetgeving dat bepaalt. Daarbij valt wel op dat de laatste zinsnede de mogelijke reikwijdte van het begrip exploitant in de nationale wetgevingen van de lid-

77 Zie bijvoorbeeld de art. 16.2 en 16.3 van de Wet van 30 september 2004 tot wijziging van de Wet milieubeheer en enige andere wetten ten behoeve van de implementatie van richtlijn nr. 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad (*Pb EU*, L 275) en de instelling van een emissieautoriteit (Implementatiewet EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten), *Sib.* 2004, 511. Thans art. 16.2 en art. 16.3 Wm.

78 Art. 16.11 lid 1 Wm luidt: “In een vergunning wordt duidelijk aangegeven waarop zij betrekking heeft. De vergunning vermeldt de naam en het adres van degene die de inrichting drijft, waarop de vergunning betrekking heeft.”

79 Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *Pb EU*, L 143/56. Zie over deze richtlijn tevens R. Mellenbergh en R. Uylenburg (red.), *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur, De betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid voor Nederland*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

80 Zie art. 5 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.

81 Zie art. 6 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.

82 In de Nederlandse implementatiewetgeving (*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A) wordt in art. 17.6 Wm het volgende bepaald (thans ingevoerd): “*degene die de activiteit verricht*: de natuurlijke persoon of de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon die de activiteit verricht of heeft verricht, regelt of heeft geregeld, of aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van de activiteit is overgedragen, met inbegrip van de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van de activiteit laat of heeft laten registreren of er kennisgeving van doet of heeft gedaan.”

staten van de Europese Unie erg oprekt: ook een persoon die de activiteit laat registreren of er kennisgeving van doet kan in de nationale (implementatie)wetgeving als exploitant worden aangemerkt. Dit betekent dat ook diegene die de beroepsactiviteit alleen laat registreren of er kennisgeving van doet en zich daarna niet meer bezighoudt met de beroepsactiviteiten als exploitant kan worden aangemerkt indien de desbetreffende Europese Lidstaat de definitie van exploitant in de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid letterlijk opneemt in haar nationale wetgeving.<sup>83</sup> De Nederlandse implementatiewetgeving naar aanleiding van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid neemt de gehele ruime definitie van exploitant – of zoals het desbetreffende art. 17.6 Wm stelt ‘degene die de activiteit verricht’ – over. Het is logisch te noemen dat hier niet wordt aangehaakt bij het begrip drijver van de inrichting, aangezien de activiteiten die de milieuschade veroorzaken niet per definitie door drijvers van inrichtingen in de zin van de Wm hoeven te zijn verricht. De schade kan bijvoorbeeld betrekking hebben op schade aan bepaalde beschermde soorten of natuurlijke habitats, zie de art. 17.6 Wm, 17.7 Wm en 17.10 Wm. De definitie van ‘degene die de activiteit verricht’ in art. 17.6 Wm ziet alleen op de toepasselijkheid van de nieuwe titel 17.2 (‘Maatregelen bij milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan’) in de Wm. Zie over de definitie van ‘degene die de activiteit verricht’ in titel 17.2 van de Wm en de gevolgen voor de (rechts)praktijk ook par. 8.2.2.

Van belang is hier echter dat de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid primair de natuurlijke of rechtspersoon die de beroepsactiviteiten verricht als exploitant aanduidt. En ook het vereiste van economische zeggenschap over het technisch functioneren van de beroepsactiviteiten komt terug in de definitie van exploitant. Opmerkelijk is wel dat het vereiste van economische zeggenschap ruimer is dan het meer feitelijk georiënteerde zeggenschaps criterium zoals wij dat uit de Nederlandse jurisprudentie kennen ten aanzien van het drijverschap. Op dit verschil wordt verder ingegaan in hoofdstuk 8.

### *Conclusies naar aanleiding van de drie besproken Europese Richtlijnen*

Mede gezien het bepaalde in de drie hier besproken Europese milieurichtlijnen ten aanzien van het begrip exploitant, is mijn conclusie dat ter beoordeling of er sprake is van één inrichting in de zin van de Wm het organisatorische aspect en daaruit voortvloeiende het zeggenschaps criterium doorslaggevend is. Alleen de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid biedt de lidstaten van de Europese Unie de ruimte om in hun nationale wetgevingen het begrip exploitant – de Nederlandse implementatiewetgeving spreekt over ‘degene die de activiteit verricht’ – zo in te

---

83 L. Bergkamp, ‘The European Environmental Liability Directive and its Effects on Industry and Economy’, in: R. Mellenbergh en R. Uylenburg (red.), *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur. De betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid voor Nederland*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005, p. 111-114. De bepalingen van deze richtlijn worden geïmplementeerd in de art. 17.6 tot en met 17.18 en 18.2G Wm, zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A.

kaderen, dat ook diegenen die geen (economische) zeggenschap hebben als exploitant zijn aan te duiden. Het begrip ‘economische zeggenschap over het technisch functioneren van de beroepsactiviteiten’ laat de mogelijkheid open dat bijvoorbeeld ook de enig of groot aandeelhouder of financiers van de rechtspersoon als exploitant kunnen worden aangeduid. Dit betekent dat bijvoorbeeld een moedermaatschappij als exploitant kan worden aangeduid, indien de moedermaatschappij als aandeelhouder doorslaggevende economische zeggenschap heeft over de beroepsactiviteiten die haar dochtervennootschap uitoefent.<sup>84</sup> Deze regel sluit min of meer aan bij de in Nederland in de jurisprudentie ontwikkelde rechtsregel, waarin een moedermaatschappij als drijver van de inrichting kan worden beschouwd indien zij zeggenschap heeft over (de activiteiten verricht in) de inrichting, maar is toch iets ruimer te noemen. In hoofdstuk 8 wordt uitgebreid ingegaan op dit onderscheid. Zie over het zogenaamde ‘verticale drijverschap’ van een aandeelhouder par. 2.6 hierna.

Een tweede conclusie die uit de drie hier besproken Europese richtlijnen kan worden getrokken, is dat de technische en functionele bindingen van de installaties slechts een secundaire rol spelen ter beoordeling van de vraag of er sprake is van één of meerdere exploitant(en). Deze bindingen zijn niet van doorslaggevende betekenis.

#### 2.2.4 *De drijver van de inrichting*

Zoals uit het voorgaande duidelijk naar voren is gekomen, staat het begrip inrichting in nauw verband met het begrip drijver van de inrichting. De drijver van de inrichting moet immers de voor die inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften naleven, zie art. 8.20 lid 1 Wm. De Wm geeft geen definitie van de drijver. Met name indien milieu(vergunnings)vergunningsregels worden overtreden en het bevoegd gezag over gaat tot handhaving, speelt de vraag wie als drijver van de inrichting kan worden beschouwd. De drijver is immers meestal tevens aan te wijzen als overtreder. In de volgende paragraaf wordt onder andere ingegaan op dit drijverschap over de inrichting. Het overtreederschap komt uitgebreider aan de orde in hoofdstuk 8. Wél lopen de beantwoording van de vraag wie drijver van de inrichting en wie overtreder is soms door elkaar heen, omdat vooral op het moment van overtreding bij het opleggen van een last onder dwangsom wordt gekeken naar diegene die het feitelijk en juridisch ‘in zijn macht heeft’ om de overtreding te beëindigen. En dat zal vaak in elk geval de drijver van de desbetreffende inrichting zijn. Dogmatisch gezien betreffen het echter verschillende begrippen: de milieu(vergunnings)voorschriften richten zich tot de drijver van de inrichting, en in geval de milieu(vergunnings)voorschriften niet worden nageleefd

---

<sup>84</sup> Er is overigens wel een nuance aan te brengen tussen enerzijds de traditionele ondernemingsrechtelijke doorbraak van aansprakelijkheid en de reikwijdte van het begrip exploitant in bijvoorbeeld de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie daarover hoofdstuk 8.

kan de overtreder daarvoor bestuursrechtelijk via een last onder dwangsom of kostenverhaal na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang worden aangesproken.

*Faillissementssituaties en de rol van de faillissementscurator (zie ook hoofdstuk 9)*

Een belangrijke uitbreiding van het begrip drijverschap vloeit voort uit de zogenaamde Alvat-zaak.<sup>85</sup> De ABRvS bepaalde in deze uitspraak dat een vergunning verleend ingevolge de Wet milieubeheer niet uitsluitend geldt voor de (rechts)persoon aan wie de vergunning oorspronkelijk is verleend, maar dat tevens andere (rechts)personen die de inrichting drijven kunnen worden aangesproken op niet-naleving van aan de milieuvergunning verbonden voorschriften. De uit een milieuvergunning voortvloeiende verplichtingen gelden voor een ieder die in een bijzondere gezagsverhouding tot de inrichting staat.<sup>86</sup> In geval van een faillissement is dat de faillissementscurator, ook indien hij de inrichting niet voortzet krachtens art. 98 van de Faillissementswet (Fw). De gefailleerde heeft immers de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verloren (artikel 23 Fw), terwijl de curator q.q. de faillissementsboedel beheert, ook indien hij de inrichting/onderneming van de gefailleerde niet voortzet. De gefailleerde heeft geen zeggenschap meer over de inrichting, de curator q.q. wél. Uit een uitspraak van 9 mei 2007 van de ABRvS kan zelfs worden geconcludeerd dat alle milieurechtelijke verplichtingen die zich tot de failliete boedel richten moeten worden nagekomen door de curator q.q.<sup>87</sup>; zie over deze kwestie uitgebreider par. 9.3.2.

### **2.3 Complicaties ten aanzien van de definitie van de inrichting in artikel 1.1 lid 4 Wm**

Om de mogelijke problemen met betrekking tot het begrip inrichting in het kader van een bedrijfsovername of juridische fusie of (af)splitsing te verduidelijken, worden in deze paragraaf enkele (praktijk)voorbeelden besproken.

---

85 ABRvS 11 juli 1997. Gepubliceerd in (onder andere) *AB* 1998, 268, *JOR* 1997, 105 en *M&R* 1997/12, nr. 130. Zie over deze uitspraak tevens P.C. Cup in *M&R* 1997/12, nr. 130, G.T.J.M. Jurgens in haar noot onder ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998, 268. K. Langelaar, 'De curator en het milieu', *NJB* 1999/3, p. 122-127, S.C.J.J. Kortmann in zijn noot onder ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997, 105 en R. Mellenbergh, 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005/15, p. 784-789. Vergelijk meer recentelijk ABRvS 6 juli 2005, zaaknr. 200406882/1, r.o. 2.5 en ABRvS 9 mei 2007, zaaknr. 200604496/1. Zie wat betreft deze laatste uitspraak ook de noot van R. Mellenbergh, 'ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)', *TvI* 2007, 34, p. 175-178.

86 Vergelijk ABRvS 20 augustus 1996, *Bouwrecht* 1996, p. 915 en *M&R*, 1997/2, nr. 23. Deze uitspraak heeft overigens geen betrekking op een faillissementssituatie. In casu was er van feitelijk drijven geen sprake meer, maar werd er geoordeeld dat de inrichting volledig en zonder voorbehoud was overgedragen, zodat de koper kon worden aangemerkt als diegene die de inrichting drijft.

87 ABRvS 9 mei 2007, zaaknr. 200604496/1. Zie ook R. Mellenbergh, 'ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)', *TvI* 2007, 34, p. 175-178.

- (1) *Eén rechtspersoon is eigenaar van de installaties, toch is er sprake van meerdere inrichtingen en dus van meerdere drijvers*

### **Zeggenschap**

Gezien de ruime definitie van de inrichting in de Wm kan het thans voorkomen dat verschillende installaties op één bedrijfsterrein in eigendom zijn van één rechtspersoon maar toch meerdere inrichtingen in de zin van de Wm vormen. In een uitspraak uit 1989<sup>88</sup> speelde bijvoorbeeld het volgende:

De gemeente Den Haag had een hinderwetvergunning (een voorloper van de Wm-vergunning) voor werktuigen, installaties en een gasdrukregel- en meetstation ten dienste van een centraal magazijn met werkplaatsen aan Konmar BV verleend. Konmar BV stelde met succes beroep in bij de Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State (AGRvS) omtrent de vergunningverlening betreffende het gasdrukregel- en meetstation. Het station was in eigendom van Konmar BV, gerealiseerd in opdracht van Konmar BV en functioneerde ten behoeve van het magazijn van Konmar BV. De AGRvS stelde echter vast dat het station geen deel uitmaakte van de inrichting gedreven door Konmar BV, aangezien er geen organisatorische band tussen het station en de inrichting van Konmar BV bestond. In casu was het Gemeentelijke Energiebedrijf namelijk verantwoordelijk voor de samenstelling, de opbouw en het onderhoud van de installatie en had Konmar BV geen toegang of zeggenschap over deze installatie.

De gemeente Den Haag had in dit geval, via het Energiebedrijf, zélf de volledige zeggenschap over de installatie. De juridische eigendom van Konmar BV ten aanzien van deze installatie was geen doorslaggevende factor. Dit was een specifieke situatie waarin het bevoegd gezag (de gemeente Den Haag) zélf zeggenschap had ten aanzien van het gasdrukregel- en meetstation, zodat Konmar BV ten aanzien van de desbetreffende installaties niet als drijver van de inrichting kon worden aangemerkt.

### **De huurovereenkomst**

Het kan ook bijvoorbeeld voorkomen dat bepaalde installaties zijn verhuurd en dáárdor zijn aan te merken als een afzonderlijke inrichting in de zin van de Wm. Echter, in de huurovereenkomst kan soms zijn opgenomen dat de huurder zich dient te houden aan de voorwaarden van de aan de verhuurder verstrekte milieuvergunning of de geldende algemene milieuregels en dat de verhuurder toezicht dienaangaande houdt. Hoe dan te oordelen? Gezien de uitspraken van de ABRvS uit 2001<sup>89</sup> en 2004<sup>90</sup> kan meestal worden geconcludeerd dat er in die situaties toch sprake is van één inrichting in de zin van de Wm, omdat de bepalingen in de huur-

<sup>88</sup> AGRvS 26 april 1989, *M & R*, 1990/2, nr. 20.

<sup>89</sup> ABRvS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

<sup>90</sup> ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2004, 331, m.nt. FM.

overeenkomst een voldoende organisatorische binding tussen de verschillende installaties bewerkstelligen. Maar zelfs dan zijn ook andere (feitelijke) omstandigheden van belang ter beoordeling van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Wél is duidelijk, dat indien een dergelijke contractuele bepaling niet is opgenomen en overeengekomen in een huurovereenkomst, er in elk geval sprake kan zijn van twee afzonderlijke inrichtingen in de zin van de Wm. De inhoud van de huurovereenkomst is dus van belang, maar niet altijd doorslaggevend. Afhankelijk van de inhoud van de huurovereenkomst kan het ook voorkomen dat er sprake is van één inrichting, zowel gedreven door de verhuurder als de huurder.

### **De huurovereenkomst en het inrichtingenbegrip: enige jurisprudentie**

De ABRvS zag bijvoorbeeld in de omstandigheid dat ten behoeve van een auto-wasserette een gedeelte van een terrein van een BV was gehuurd, geen aanleiding om aan te nemen dat er sprake was van één inrichting.<sup>91</sup> De twee bedrijven waren afzonderlijk geregistreerd bij de Kamer van Koophandel, er was geen eigendoms- of beheersrelatie tussen beide bedrijven en de bedrijven beschikten elk over een eigen afzonderlijke administratie en aparte nutsvoorzieningen met aparte rekeningen.

In een uitspraak van 10 augustus 1999 van de ABRvS stond de aan een supermarkt, voorzien van centrale koelinstallaties en een auto- en truckwasserette, verleende milieuvergunning centraal.<sup>92</sup> De vergunning voor de verkoop van hout- en bouwmaterialen en doe-het-zelfartikelen door Praxis BV en voor de opslag en verkoop van LPG door Van de Ven & co BV was geweigerd. De supermarkt stelde dat het verkooppunt van Praxis BV voor hout- en bouwmaterialen en doe-het-zelfartikelen en de opslag en verkoop van LPG door Van de Ven & Co BV geen afzonderlijke inrichting vormden, aangezien zij eigenaar was van het desbetreffende perceel grond en met Praxis BV een huurovereenkomst had gesloten met betrekking tot een gedeelte van dit perceel. De ABRvS oordeelde dat uit het door de supermarkt overgelegde deel van de huurovereenkomst niet kon worden afgeleid dat zij zeggenschap had over de wijze van exploitatie door Praxis BV. De technische en functionele bindingen – gezamenlijke leidingen met tussenmeters, één parkeerterrein en één centrale ingang – tussen de bedrijven waren daarnaast onvoldoende om te concluderen dat er sprake was van één inrichting. *Zigenhorn* merkt in zijn noot onder deze uitspraak op, dat er dus pas sprake is van voldoende organisatorische binding, indien de vergunninghouder zeggenschap heeft over alle onderdelen van de organisatie die geacht worden deel uit te maken van de inrichting. Er moet volgens hem duidelijk sprake zijn van het overdragen van bevoegdheden/ zeggenschap.

---

<sup>91</sup> ABRvS 9 april 1999, *JM* 1999, 93.

<sup>92</sup> ABRvS 10 augustus 1999, *JM* 1999, 131, m.nt. *Zigenhorn*.



Een met de uitspraak van 10 augustus 1999 vergelijkbare benadering blijkt uit een beslissing van de ABRvS van 25 juni 1998.<sup>93</sup> Het betrof de verhuur en onderverhuur van een loods waarin afvalstoffen zonder vergunning waren opgeslagen. Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Brabant hadden de onderverhuurder als belanghebbende in de zin van art. 127 Provinciewet (dit wetsartikel is thans vervallen) aangeschreven om, onder aanzegging van bestuursdwang uit te oefenen door Gedeputeerde Staten, de opgeslagen afvalstoffen in de loods af te voeren naar een vergunninghoudende inrichting bestemd voor het opslaan, be- en/of verwerking van deze afvalstoffen. Van belang voor het onderhavige onderwerp is met name de overweging van de ABRvS ten aanzien van de vraag of de onderverhuurder al dan niet kon worden aangemerkt als overtreder in de zin van art. 8.1 lid 1 Wm.<sup>94</sup> Er zal volgens Nederlands hoogste bestuursrechter aan de zijde van de (onder)verhuurder sprake moeten zijn van een zodanige mate van betrokkenheid bij de activiteiten verricht binnen de inrichting, dat gezegd kan worden dat de (onder)verhuurder als drijver van de desbetreffende inrichting is te beschouwen. De enkele omstandigheid dat iemand de (onder)verhuurder van een loods is waarin de opgeslagen illegale afvalstoffen zijn aangetroffen, is onvoldoende om de (onder)verhuurder aan te merken als overtreder (en als drijver) van de desbetreffende inrichting.

In een uitspraak van 1 februari 2006 van de ABRvS, waarop ook kort in par. 2.2.1 is ingegaan, is Nederlands hoogste bestuursrechter weer iets onduidelijker met betrekking tot de vraag of de uit de huurovereenkomst voortvloeiende zeggenschap doorslaggevend is voor het oordeel of er al dan niet sprake is van één inrichting met betrekking tot de bedrijven van zowel de huurder als de verhuurder.<sup>95</sup> In casu was er sprake van één eigenaar, maar van twee verschillende inrichtingen in de zin van de Wm. De ABRvS oordeelde namelijk als volgt:

“2.4.2. Uit de stukken, waaronder de aanvraag om vergunning en het deskundigenbericht, blijkt dat beide bedrijven op hetzelfde terrein liggen en daarmee in elkaars onmiddellijke nabijheid. Vergunninghoudster huurt ten behoeve van haar bedrijfsvoering twee bedrijfshallen van partij. Deze hallen bevatten eigen gas- en elektriciteitsmeters. Het binnenterrein, de ruimte onder de overkapping van het binnenterrein en de inrit worden gemeenschappelijk door elk van de bedrijven gebruikt. De bedrijven kennen een sterke handelsrelatie, maar functioneren onafhankelijk van elkaar. Ter zitting is gebleken dat de bedrijven zelfstandige BV's zijn met een eigen directie. Er vindt geen uitwisseling van personeel tussen beide bedrijven plaats en er zijn geen gemeenschappelijke georganiseerde werkzaamheden. Gelet hierop is de Afdeling van oordeel dat verder terecht het standpunt heeft ingenomen dat tussen de bedrijven van vergunninghoudster en partij niet zodanige bindingen in de zin van artikel 1.1 lid 4 Wm bestaan, dat sprake is van één inrichting.”

93 ABRvS 25 juni 1998, *AB* 1999, 44, m.nt. C.L. Knijff onder *AB* 1999, 45.

94 Dit artikellid luidt: “Het is verboden zonder daartoe verleende vergunning een inrichting: a. op te richten; b. te veranderen of de werking daarvan te veranderen; c. in werking te hebben.”

95 ABRvS 1 februari 2006, *AB* 2006, 297 m.nt. C.L. Knijff. Annotator Knijff merkt dit op in punt 4 van haar noot.

De ABRvS verwijst hier wel naar de aanwezigheid van zelfstandige BV's, met ieder eigen bestuurders en een gescheiden personeelsbestand. De zeggenschap vloeit dus niet voort uit de huurovereenkomst, maar uit andere omstandigheden.

### **De intentie van de bij de huurovereenkomst betrokkenen contractspartijen**

Daarnaast zal ook de intentie van de verhuurder en de huurder een rol van betekenis (kunnen) spelen ter beoordeling van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Deze conclusie meen ik te kunnen trekken uit een uitspraak van de ABRvS van 16 november 2005.<sup>96</sup> Daarin oordeelde de ABRvS dat de bedrijven van de huurders en de verhuurder niet één inrichting vormden, ondanks de omstandigheid dat in de huurovereenkomst de bepaling was opgenomen dat huurders zich op straffe van een direct opeisbare boete dienen te houden aan de aanwijzingen van de verhuurder/vergunninghouder met betrekking tot de naleving van de geldende milieuvergunningen.<sup>97</sup> Twee huurders hadden zich via deze procedure verzet tegen het oordeel van het bevoegd gezag dat er sprake was van één inrichting, en hadden een procedure bij de rechter geïnitieerd. Ook de overige (feitelijke) omstandigheden van het geval brachten de ABRvS niet tot een ander oordeel.<sup>98</sup> Indien deze huurders niet in verzet waren gekomen tegen het oordeel van het bevoegd gezag dat er in casu sprake was van één inrichting, maar de partijen betrokken bij de huurovereenkomst juist bewust één inrichting in de zin van de Wm wilden vormen, waren de bedrijven waarschijnlijk aangeduid als zijnde één inrichting.

### **Gebruiksrecht, vruchtgebruik**

Voorts kan worden gedacht aan de situatie waarin een gebruiksrecht<sup>99</sup> of vruchtgebruik (art. 3:226 BW jo. de art. 3:201 e.v. BW) is verleend ten aanzien van een aantal installaties onderdeel uitmakende van de door de hoofdgerechtigde gedreven inrichting. Ook denkbaar is een recht van erfpacht op de grond waarop zich de inrichting bevindt (art. 5:85 e.v. BW).<sup>100</sup>

Bij de vestiging van bijvoorbeeld het recht van vruchtgebruik kunnen, evenals bij huur, bepaalde regels worden gesteld.<sup>101</sup> De hoofdgerechtigde en de vruchtgebruiker kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat de vruchtgebruiker de voor de hoofd-

96 LJN: AU6219, zaaknr. 200500891/1.

97 Zie r.o. 2.3.3 van deze uitspraak, waarin de ABRvS overweegt dat “de omstandigheid dat een huurovereenkomst met een dergelijke strekking is gesloten op zich onvoldoende grond oplevert voor het oordeel dat sprake is van één inrichting als bedoeld in artikel 1.1, vierde lid, van de Wet Milieubeheer.”

98 Zie r.o. 2.3.3 van deze uitspraak.

99 Een gebruiksrecht (art. 3:226 BW) is overigens strikt persoonlijk en kan niet worden verleend aan een rechtspersoon, dit in tegenstelling tot het recht tot vruchtgebruik (zie art. 3:203 lid 3 BW).

100 Een pachtrecht zal in het geval van een industriële onderneming niet gebruikelijk zijn, aangezien een pachtrecht alleen wordt verstrekt in geval van landbouw, zie art. 7:311 BW. Daarom komt de pachtovereenkomst niet specifiek ter sprake in dit boek. Zie overigens voor een geval waarin de pachter als vergunninghouder, en dus als drijver, van een inrichting werd aangemerkt ABRvS 29 februari 2000, AB 2000, 240.

101 Art. 3:207 BW.

gerechtigde geldende milieu(vergunnings)voorschriften zal naleven, aangevuld met de bepaling dat de hoofdgerechtigde toezicht op de naleving zal houden en derhalve een bepaalde mate van zeggenschap heeft over de activiteiten verricht binnen de inrichting. Van belang is mijns inziens overigens nog wel het volgende. Ook indien de contractspartijen geen regels hebben vastgelegd, dient de vruchtgebruiker te handelen als een goed vruchtgebruiker.<sup>102</sup> Dit zou naar mijn mening kunnen betekenen dat, ook indien het bevoegd gezag niet heeft gesteld dat ook de vruchtgebruiker drijver van de inrichting is, ook de vruchtgebruiker de oorspronkelijk alleen voor de hoofdgerechtigde geldende milieu(vergunnings)voorschriften moet naleven. Doet hij dat niet, dan kan de hoofdgerechtigde wellicht stellen dat de vruchtgebruiker niet handelt als een goed vruchtgebruiker. Deze kwestie betreft weliswaar niet de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, maar is wél van belang voor de verhouding hoofdgerechtigde–vruchtgebruiker. Hetzelfde kan overigens worden gezegd met betrekking tot de huurder. Ook de huurder is verplicht zich te gedragen als een goed huurder, zie art. 7:213 en art. 7:214 BW.<sup>103</sup>

Probleem in het geval contractspartijen niets hebben afgesproken ten aanzien van de na te leven milieu(vergunnings)voorschriften en het toezicht dienaangaande door de hoofdgerechtigde bij de vestiging van vruchtgebruik, is dat er dan waarschijnlijk sprake is van twee drijvers of wellicht zelfs van twee verschillende inrichtingen. Om de situatie nog ingewikkelder te maken: een vruchtgebruiker kan de in vruchtgebruik zijnde installaties weer (gedeeltelijk) verhuren.<sup>104</sup> In dat geval kan ook de huurder wellicht worden aangemerkt als drijver van een zelfstandige inrichting. De huurder heeft immers zeggenschap. In al die gevallen waarin er door verhuur, (erf)verpachting of vestiging van een gebruiksrecht of vruchtgebruik een nieuwe drijver van de inrichting ontstaat, of er zelfs sprake is van meerdere inrichtingen, dient er op grond van art. 8:20 lid 2 Wm een melding aan het bevoegde gezag plaats te vinden. Dat zal met name wel eens worden vergeten indien contractspartijen niet bewust een nieuw drijverschap willen creëren, met alle mogelijke gevolgen van dien. Het niet melden aan het bevoegd gezag conform art. 8:20 lid 2 Wm is immers een overtreding van de WED.<sup>105</sup>

*(ii) Meerdere rechtspersonen die één inrichting drijven*

Ook de omgekeerde situatie, te weten die waarin meerdere rechtspersonen gezien hun onderlinge organisatorische (en daaruit voortvloeiende: zeggenschap), tech-

<sup>102</sup> Art. 3:207 lid 3 BW.

<sup>103</sup> Art. 7:213 BW: “De huurder is verplicht zich ten aanzien van het gebruik van de gehuurde zaak als een goed huurder te gedragen.” Art. 7:214 BW: “De huurder is slechts bevoegd tot het gebruik van de zaak dat is overeengekomen, en, zo daaromtrent niets is overeengekomen, tot het gebruik waartoe de zaak naar zijn aard bestemd is.”

<sup>104</sup> De vruchtgebruiker kan overeenkomstig het bepaalde in art. 3:217 BW de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken verhuren of verpachten.

<sup>105</sup> Art. 1a onder 2 van de WED.

nische of functionele bindingen tezamen één inrichting vormen, is denkbaar.<sup>106</sup> Een aardig voorbeeld is de uitspraak van de ABRvS van 22 augustus 2001.<sup>107</sup> In casu is het doel van de vergunninghoudster – het Mercator Technology & Science Park Nijmegen BV – het exploiteren van een kennis- en ontwikkelingscentrum in samenwerking met de Katholieke Universiteit Nijmegen en/of het Academisch Ziekenhuis Nijmegen. Dit doel wordt vormgegeven door middel van het bieden van faciliteiten aan bedrijven binnen één gebouw. Andere bedrijven worden niet toegelaten tot het gebouw. Ten behoeve van de gezamenlijke bedrijven worden allerlei werkzaamheden verricht zoals intern transport, kleine reparaties, schoonmaak, et cetera. De werkzaamheden van de bedrijven vinden plaats binnen het kader van de door de vergunninghoudster geboden voorzieningen. Naast deze functionele en technische bindingen is er volgens de bestuursrechter ook sprake van voldoende organisatorische samenhang, omdat de vergunninghoudster als zelfstandige rechtspersoon zeggenschap heeft over de afzonderlijke (kleinere) bedrijven ten aanzien van de vergunningplichtige activiteiten. In de huurovereenkomsten die de vergunninghoudster met elk in het gebouw gevestigd bedrijf heeft gesloten, is namelijk opgenomen dat zij geen activiteiten mogen verrichten in strijd met de milieuvergunning. De ABRvS oordeelde derhalve dat de privaatrechtelijke huurovereenkomst, en de uitvoering daarvan, voldoende is om vast te

106 Zie bijvoorbeeld Vz. ABRvS 20 juli 1996 waarover J.L. Verbeek, 'Een bloemlezing uit de jurisprudentie milieurecht over de periode juli-november 1996', *Bouwrecht* 1997/1, p. 49 en R. Uylenburg, 'Toekomst voor de stolpvergunning?', in: R. Uylenburg en C.J. van der Wilt (red.), *De milieuvergunning in ontwikkeling*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1999, p. 58. Een andere bijzondere situatie waarbij een 'site'- of 'paraplu' vergunning was verleend, was de volgende. Gedeputeerde Staten van Zeeland hadden een site- of parapluvergunning afgegeven voor een bedrijfsterrein, met uitzondering van delen die bij derden in gebruik zijn. Uitgezonderd van deze vergunning waren tevens vier 'sattalites' (productieonderdelen), waarvoor Gedeputeerde Staten van de provincie vier afzonderlijke satelliet vergunningen had afgegeven. Daarbij werd de sitevergunning mede verleend in termen van 'milieubelasting' in plaats van voor bepaalde activiteiten. De ABRvS, 17 oktober 2007, *StAB* 1/2008, oordeelde als volgt: "2.3.2 (...) Deze systematiek houdt onder meer in dat bij de site-vergunning mede vergunning wordt verleend voor milieuaspecten die voor de gehele inrichting gelden dan wel op bedrijfsniveau moeten worden beoordeeld. Aan de sitevergunning worden voorschriften verbonden over de milieugevolgen die aan de gehele inrichting gemeen zijn, terwijl aan de satellietvergunningen voorschriften over de specifieke milieugevolgen van de satellites worden verbonden en daarin voornoemde voorschriften van de sitevergunning van toepassing worden verklaard. (...) 2.3.3 Nu verweerder [Gedeputeerde Staten van Zeeland, RM] uitgaat van een onderverdeling van het productieproces in 4 satellites, moet er, hoewel verweerder dit niet uitdrukkelijk heeft gesteld, van worden uitgegaan dat verweerder met de satellietvergunningen toepassing heeft gegeven aan de figuur van de zogeheten deelrevisievergunning, als bedoeld in artikel 8.4, eerste lid, van de Wet milieubeheer. (...) 2.3.4 (...) Door het verlenen van de sitevergunning wordt volgens verweerder voorkomen dat de betrokken milieuaspecten in alle afzonderlijke vergunningen 4-dubbel worden vergund. De gekozen systematiek leidt volgens verweerder tot een overzichtelijker vergunnings situatie, hetgeen zowel voor het bedrijf als voor de handhaafbaarheid een positieve ontwikkeling is. Het voordeel van de sitevergunning is volgens verweerder dat de satellietoverstijgende milieuaspecten in één keer en voor het totale bedrijf (dus volledig en in samenhang) in beeld worden gebracht en beoordeeld." De ABRvS oordeelde dat hier sprake is van deelrevisievergunningen, en niet van verschillende site- en satellietvergunningen: "2.3.5 (...) In samenhang hiermee kunnen de voorschriften die zijn verbonden aan een deelrevisievergunning alleen betrekking hebben op in het betrokken onderdeel plaatsvindende of ten behoeve daarvan aangevraagde activiteiten. Nu bij het bestreden besluit een deelrevisievergunning mede in termen van milieubelasting is verleend, waaraan mede activiteiten van niet bij dit besluit vergunde onderdelen van de inrichting ten grondslag liggen, en aan deze deelrevisievergunning voorschriften zijn verbonden voor de gehele inrichting, verdraagt het bestreden besluit zich niet met het systeem van de Wet milieubeheer."

107 ABRvS 22 augustus 2001, *AB* 2002, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

stellen dat er een organisatorische binding is in de zin van art. 1.1 lid 4 Wm, zodat er sprake is van één inrichting, mede gezien de technische en functionele bindingen.

In een uitspraak van de ABRvS van 14 juli 2004<sup>108</sup> worden een aantal elementen waaraan de huurovereenkomst moet voldoen, wil er sprake zijn van één inrichting, opgesomd:

- (1) in de huurovereenkomst en de daarbij behorende algemene bepalingen is bepaald dat de huurder zich moet houden aan alle richtlijnen en aanwijzingen die door de verhuurder worden gegeven;
- (2) de huurder moet de opslagruimte conform de bestemming gebruiken, en het is niet toegestaan om bepaalde in de algemene bepalingen nader omschreven stoffen en zaken in de opslagruimte op te slaan;
- (3) de verhuurder kan de huurovereenkomst opzeggen indien de huurder de op haar rustende verplichtingen voortvloeiende uit de huurovereenkomst en de daarbij behorende algemene bepalingen niet nakomt.

Dat privaatrechtelijke afspraken niet altijd doorslaggevend zijn wordt duidelijk via een uitspraak van de voorzitter van de ABRvS van 31 juli 1998.<sup>109</sup> Oorspronkelijk was aan Tastemaker BV een Wm-vergunning verleend. Givaudan Roure S.A.<sup>110</sup> heeft vervolgens de vergunning van Tastemaker BV ‘overgenomen’.<sup>111</sup> Aan Givaudan Roure S.A. is door Gedeputeerde Staten van de provincie Gelderland een last onder dwangsom opgelegd en Givaudan Roure S.A. gaat daartegen, tezamen met PFW Aroma Chemicals BV, in bezwaar. Beide bedrijven stellen dat de feitelijke situatie niet meer overeenkomt met de geldende Wm-vergunning, en dat de onderdelen van de inrichting zodanig zijn ontvlecht dat er in feite geen sprake meer is van één inrichting in de zin van de Wm. Zij stellen dat PFW Aroma Chemicals BV de enige drijver van het deel van de inrichting is waarop de bestreden last onder dwangsom betrekking heeft. De voorzitter van de ABRvS ziet dat echter anders. Givaudan Roure S.A. is nog steeds één van de rechtspersonen die de inrichting drijft. Dat zij dat in samenwerking met andere (rechts)personen doet, doet volgens de voorzitter van de ABRvS niet af aan haar hoedanigheid van drijver van de inrichting. Art. 8.20 Wm staat volgens de voorzitter van de ABRvS immers niet aan het oordeel in de weg dat één inrichting tegelijkertijd door meerdere (rechts)personen wordt gedreven. Ieder van de (rechts)personen is in een dergelijk geval hoofdelijk verantwoordelijk voor de naleving van de vergunningsvoorschriften. Ook indien de bedrijfsvoering van het gedeelte van de inrichting waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden in de praktijk overeenkomstig de tussen de twee bedrijven gemaakte afspraken door PFW Aroma Chemicals BV

<sup>108</sup> ABRvS 14 juli 2004, *AB* 2004, 331, m.nt. FM, overweging 2.3.3.

<sup>109</sup> Vz. ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999, 45, m.nt. C.L. Knijff.

<sup>110</sup> De letters S.A. staat voor Société Anonime, vergelijkbaar met de Nederlandse Naamloze Vennootschap.

<sup>111</sup> Aldus deze uitspraak. Van een overname van een Wm-vergunning is meestal geen sprake. De Wm-vergunning is immers zaaksgebonden.

wordt uitgevoerd, brengt dit volgens de voorzitter van de ABRvS niet met zich mee dat Givaudan Roure S.A. niet kan worden aangesproken tot naleving van de vergunningsvoorschriften. Er wordt in deze uitspraak niet alleen naar de contractuele afspraken en de intenties van contractspartijen gekeken, maar ook naar de overige omstandigheden van het geval. Deze uitspraak wijkt iets af van de lijn die in latere jaren door de ABRvS is getrokken en waarbij het bepaalde in de huurovereenkomst en de intentie van contractspartijen wel degelijk een belangrijke rol van betekenis spelen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichting(en) in de zin van de Wm, en wie als drijver van de inrichting is aan te duiden.

Uit een uitspraak van de ABRvS van 26 april 2006, blijkt dat de zeggenschap voortvloeiende uit het bepaalde in een huurovereenkomst doorslaggevend kan zijn voor het oordeel dat de verhuurder juist de enige drijver is van de inrichting, een scheepswerf, waarin 14 gebruikers/huurders hun activiteiten verrichten. De beslissing luidde als volgt:

“2.5.3. Gezien de inhoud van het van de aanvraag deel uitmakende gebruikersprotocol mogen de gebruikers geen activiteiten verrichten die afwijken van de aanvraag of die zich niet verdragen met de relevante vergunningsvoorschriften, hetgeen wordt opgenomen in de huurovereenkomsten met alle gebruikers. Gelet daarop en op het verhandelde ter zitting overweegt de Afdeling dat aanvraagster zeggenschap kan uitoefenen over de activiteiten die de gebruikers in de inrichting verrichten. Dat in de inrichting niet op elk moment een toezichthouder namens aanvraagster aanwezig is, kan daaraan niet afdoen. Ten overvloede wordt in dit verband overwogen dat de Wet milieubeheer en de Algemene wet bestuursrecht aan verweerder de mogelijkheid bieden om, indien te zijner tijd zou blijken dat het toezicht vanwege de vergunninghoudster niet of onvoldoende adequaat is, daartegen op te treden. Gezien het voorgaande ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat er in de aangevraagde situatie niet een drijver is die voldoende zeggenschap heeft over de gebruikers van de inrichting.”<sup>112</sup>

Er was dus in casu niet alleen sprake van één inrichting, maar ook van één drijver van die inrichting, namelijk de verhuurder.

### **Geen contractuele bepalingen omtrent zeggenschap: feitelijke omstandigheden**

Indien partijen niets contractueel hebben geregeld omtrent de zeggenschap over bepaalde installaties, wordt door de bestuursrechter dus met name naar de feitelijke omstandigheden gekeken, en niet zozeer naar de juridische kaders waarbinnen meestal wordt gehandeld in het rechtsverkeer. Deze benadering is met name gecreëerd om het bevoegd gezag bij de bestuursrechtelijke handhaving van milieu(vergunnings)voorschriften de mogelijkheid te bieden om die (rechts)per-

---

<sup>112</sup> ABRvS 26 april 2006, *JM* 2006, 67, m.nt. Zigenhorn en *AB* 2006, 298, m.nt. C.L. Knijff.

soon aan te spreken tot naleving, die het ‘in zijn macht’ heeft deze regels na te leven. Echter, ook bij de vergunningverlening kan de vraag ten aanzien van de reikwijdte van de milieuvergunning voorschriften een rol spelen, vooral indien omwonenden (belanghebbenden) bezwaren ten aanzien van de vergunningverlening hebben.<sup>113</sup> Daarnaast willen vergunninghouders graag zelf van te voren op de hoogte zijn voor welke installaties zij wel of juist niet kunnen worden aangesproken tot naleving van de desbetreffende milieuvergunning voorschriften. Dergelijke verwachtingen van de vergunninghouder zijn ook niet onredelijk te noemen. Het is daarom de vraag in hoeverre het bevoegd gezag zou kunnen voorzien in de behoefte tot duidelijkheid dienaangaande bij Wm-vergunninghouders/marktpartijen. Op die vraag wordt in par. 2.7 ingegaan.

### *(iii) Conclusies*

Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van één inrichting in de zin van de Wm zal de bestuursrechter met name kijken naar de organisatorische, functionele en/of technische bindingen ten aanzien van de bewuste installaties. De vraag of het gaat om eenzelfde onderneming of instelling is beduidend minder zwaarwegend. Het zeggenschaps criterium voortvloeiende uit de organisatorische binding staat in de jurisprudentie van de ABRvS van de afgelopen jaren centraal.

Meerdere rechtspersonen kunnen door middel van de door hun uitgeoefende activiteiten één inrichting vormen vanwege de onderlinge organisatorische, functionele en/of technische bindingen. De onderlinge organisatorische binding (zeggenschap) kan bijvoorbeeld blijken uit een vennootschapsrechtelijke (concern)relatie, een samenwerkingsovereenkomst, een huurcontract, een (erf)pachtovereenkomst, een recht van vruchtgebruik of een gebruiksrecht. In geval van een contractuele relatie, zoals een huurcontract of een erfpachtovereenkomst, zal er echter wel voldoende zeggenschap van de verhuurder of erfverpachter moeten zijn over het verhuurde of het in erfpacht uitgegeven gedeelte van de inrichting, alvorens kan worden vastgesteld dat er sprake is van één inrichting. Daarnaast speelt ook de intentie van de partijen bij de desbetreffende overeenkomst om één inrichting in de zin van de Wm te vormen een rol van betekenis. Tenslotte zullen de feitelijke omstandigheden een rol van betekenis blijven spelen, ondanks de omstandigheid dat er bepaalde contractuele bepalingen zijn overeengekomen tussen bijvoorbeeld een huurder en een verhuurder.

Verschillende rechtspersonen kunnen dus drijver van dezelfde inrichting zijn. Nadeel kan dan echter zijn dat een (rechts)persoon wordt aangesproken tot naleving van milieu(vergunning)voorschriften in een ander gedeelte van de inrichting waarover hij géén zeggenschap kan uitoefenen. Denk hierbij aan een situatie van gedeeltelijke verhuur van de inrichting in de hiervoor besproken Givaudan Roure

---

113 Vergelijk bijvoorbeeld ABRvS 29 januari 2003, *JM* 2003, 73, m.nt. Zigenhorn.

S.A. zaak.<sup>114</sup> Mijns inziens is het in die situatie onredelijk om een dergelijke drijver op straffe van een dwangsom aan te spreken tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften in het gedeelte van een inrichting waarover hij geen zeggenschap heeft (gehad). In het bestuursrecht geldt immers in het algemeen dat er geen bestuurlijke dwangsom kan worden opgelegd aan diegene die het niet ‘in zijn macht’ heeft om de overtreding te beëindigen.<sup>115</sup>

## **2.4 Overname van een gedeelte van de inrichting/onderneming en de juridische (af)splitsing**

### *2.4.1 Inleiding*

Problemen ten aanzien van de beoordeling of er sprake is van één of meerdere inrichtingen kunnen zich vooral voordoen indien er sprake is van een gedeeltelijke bedrijfsovername dan wel van een juridische (af)splitsing. In die situaties gaan twee of meerdere rechtspersonen handelingen verrichten ten aanzien van installaties die voorheen werden gedreven door één rechtspersoon, de verkoper of de nog niet (af)gesplitste rechtspersoon. Daarnaast zullen de koper en de verkoper soms – ingeval van een omvangrijke bedrijfsovername waarbij bijvoorbeeld meerdere installaties of zelfs meerdere inrichtingen onderwerp van de bedrijfsovername zijn – overeenkomen dat de verkoper eigenaar blijft van (een gedeelte van) de inrichting(en) en deze (gedeeltelijk) verhuurt aan de koper. Voor deze juridische constructie kan bijvoorbeeld worden gekozen indien de grond waarop de desbetreffende inrichting is gevestigd ernstig is vervuild en partijen willen voorkomen dat de koper uiteindelijk de eventuele kosten voor bodemsanering moet betalen. Zie over deze situatie ook par. 7.6. In dat geval kan er – afhankelijk van het bepaalde in de huurovereenkomst – gezien de jurisprudentie van de ABRvS sprake zijn van twee verschillende inrichtingen. Zie daarover ook par. 2.3.

De vraag is dan of de, na het plaatsvinden van de civielrechtelijke transactie, nieuw ontstane inrichtingen moeten worden gereguleerd door de oorspronkelijk verleende Wm-vergunning, dan wel of voor alle inrichtingen veranderings- of revisievergunningen afgegeven moeten worden.<sup>116</sup> Een andere mogelijkheid is dat voor de ene inrichting de oorspronkelijk verleende Wm-vergunning blijft gelden en voor de andere een oprichtingsvergunning wordt verleend. Denkbaar is tevens dat er aan alle inrichtingen een oprichtingsvergunning wordt verstrekt. De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer geeft in haar rapport uit 2002 een aantal aanbevelingen dienaangaande. Zij stelt dat het onder de huidige Wm onduidelijk

---

<sup>114</sup> Zie Vz. ABRvS 31 juli 1998, AB 1999, 45, m.nt. C.L. Knijff.

<sup>115</sup> L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming en Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2003, p. 617-618.

<sup>116</sup> Zie over een casus waarbij een oprichtingsvergunning in plaats van een revisievergunning was verleend ABRvS 20 juni 2000, AB 2000, 384, m.nt. C.L. Knijff.



is op welke wijze er moet worden omgegaan met het ontstaan van nieuwe inrichtingen in de zin van de Wm ná het plaatsvinden van een privaatrechtelijke transactie. De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer stelt voor om bij de toekomstige herformulering van het beoordelingskader voor vergunningverlening ook rekening te houden met de complicaties die de (gedeeltelijke) overdracht van een onderneming ten aanzien van het inrichtingenbegrip kan veroorzaken.<sup>117</sup> Dit mede vanwege de rechtszekerheid ten aanzien van de vraag wie ná de privaatrechtelijke transactie als drijver van de inrichting is te beschouwen.<sup>118</sup> Hierna wordt aan de hand van verschillende voorbeelden verder ingegaan op deze problematiek en mogelijke oplossingen.

#### 2.4.2 *Een gedeeltelijke activa/passivatransactie en/of gedeeltelijke verhuur<sup>119</sup> van de inrichting*

Soms is slechts een gedeelte van een bestaande inrichting in de zin van de Wm onderwerp van een bedrijfsovername. Te denken valt bijvoorbeeld aan de volgende situaties.

- (1) NV A is eigenaar van een bedrijfsterrein. Op dit bedrijfsterrein staan drie verschillende gebouwen/fabrieken. In één fabriek worden textielgrondstoffen bewerkt tot textiel en in een andere fabriek worden kledingstukken gefabriceerd. In de derde fabriek worden de kledingstukken gekleurd.<sup>120</sup> NV A besluit dat het uit bedrijfseconomisch oogpunt beter is de kleur-werkzaamheden niet langer zelf te verrichten. BV C neemt deze werkzaamheden over, maar is niet bereid de fabriek direct te kopen. Partijen komen overeen dat BV C de fabriek huurt van NV A en dat BV C de fabriek op termijn onder voorwaarden via een activa/passivatransactie koopt. De huurovereenkomst geeft BV C grote vrijheid bij het verrichten van haar werkzaamheden.
- (2) BV X drijft een inrichting bestaande uit een hotel en een naastgelegen restaurant.<sup>121</sup> Het restaurant is in principe niet afhankelijk van de faciliteiten van het hotel. BV X constateert dat het exploiteren van het restaurant te veel tijd kost en het rendement te laag is. BV X verkoopt haar restaurant aan het echtpaar Veldhuis. Het echtpaar zet het restaurant voort via BV Y. Het merendeel van het personeel dat voorheen werkzaam was in het restaurant treedt in dienst van BV Y. Partijen spreken af dat de directe verbinding tussen het hotel en het

117 C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 68.

118 C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 82.

119 Het beschrevene geldt ook ten aanzien van ver(erf)pachting. Ten behoeve van de overzichtelijkheid wordt hier alleen over verhuur gesproken.

120 Ingevolge categorie 16.1a van Bijlage 1 van het Ivb zijn deze werkzaamheden categorieën van inrichtingen in de zin van art. 1.1 lid 3 Wm.

121 Ingevolge categorie 18.1 van Bijlage 1 van het Ivb zijn het restaurant en het hotel categorieën van inrichtingen in de zin van art. 1.1 derde lid Wm.

restaurant, als extra service voor de hotelgasten, blijft bestaan. BV Y exploiteert het restaurant zelfstandig. BV X heeft geen zeggenschap meer over de exploitatie van het restaurant.

- (3) De stichting ‘Training van Lichaam & Geest’ exploiteert onder meer een sportschool in Zeist.<sup>122</sup> Het complex is in eigendom van de stichting. Na verloop van tijd blijkt het complex echter te groot. Aangezien de stichting extra middelen zou kunnen gebruiken om een pand in de Utrechtse binnenstad te kopen waar zij taalcursussen wil aanbieden, besluit de stichting het complex te splitsen in twee gedeelten,<sup>123</sup> en één gedeelte te verkopen aan BV Z. BV Z gaat in het verkochte en overgedragen gedeelte van het complex een schietclub exploiteren.<sup>124</sup> BV Z opereert zelfstandig van de stichting Training van Lichaam & Geest.

In de gevallen (2) en (3) is er, gezien de jurisprudentie van de ABRvS, sprake van twee afzonderlijke inrichtingen in de zin van de Wm. Dit betekent dat in geval van overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften maar één drijver per inrichting in de zin van de Wm kan worden aangesproken door het handhavend bevoegd gezag. In het geval belanghebbenden bezwaar maken tegen de vergunningverlening(en), zal rekening moeten worden gehouden met de omstandigheid dat er nu sprake is van twee inrichtingen waarvoor ieder aparte milieu(vergunnings)voorschriften gelden. Ondanks de omstandigheid dat er wel enige bindingen zijn blijven bestaan tussen de verschillende inrichtingen/ondernemingen, de open verbinding van het hotel naar het restaurant bijvoorbeeld, worden zij geëxploiteerd door verschillende juridische entiteiten die eigen zeggenschap hebben over hun inrichting/onderneming. In geval (2), waarin de activiteiten ná de transactie niet wezenlijk wijzigen, zou volstaan kunnen worden met het verlenen van een nieuwe revisievergunning voor het restaurant, geënt op de oude vergunning voor het hotel en het restaurant gezamenlijk.<sup>125</sup> De oude vergunning zal dan ook aan de nieuwe situatie moeten worden aangepast. In geval (3) kan zowel een nieuwe oprichtingsvergunning als een revisievergunning worden afgegeven aan BV Z.<sup>126</sup>

Situatie (1) waarin sprake is van verhuur van een gedeelte van de (oude) inrichting, is gecompliceerder. Weliswaar kan de huurder zelfstandig de bedrijfsruimte exploiteren, maar de beoordeling of er al dan niet sprake is van een zelfstandige

<sup>122</sup> Ingevolge categorie 19.1c van Bijlage 1 van het Ivb is de sportschool een categorie van inrichtingen in de zin van art. 1.1 derde lid Wm.

<sup>123</sup> Art. 5:106 e.v. BW (appartementenrechten).

<sup>124</sup> Ingevolge categorie 17 van Bijlage 1 van het Ivb is een schietclub een categorie van inrichtingen in de zin van art. 1.1 lid 3 Wm.

<sup>125</sup> Art. 8.4 Wm.

<sup>126</sup> Dat in deze situatie ook een revisievergunning (en niet alleen een oprichtingsvergunning) kan worden verleend blijkt uit bijvoorbeeld ABRvS 20 maart 2002, *AB* 2003, 131 en ABRvS 24 december 2003, *AB* 2004, 238. In geval van een revisievergunning blijven bestaande rechten in principe in stand. Indien er geheel andere activiteiten uitgevoerd gaan worden in de inrichting heeft deze instandhouding echter niet veel voordelen. De vergunning zal dan zodanig moeten worden aangepast, dat er weinig overblijft van de oude vergunning.

inrichting is volgens de huidige rechtspraak van de ABRvS in belangrijke mate afhankelijk van de contractuele afspraken tussen partijen, én van de overige feitelijke omstandigheden zoals de aanwezigheid technische of functionele bindingen, dan wel een andere uitvoering in de praktijk dan de inhoud van de huurovereenkomst toelaat. Indien de huurovereenkomst voorziet in wezenlijke zeggenschap van de verhuurder over het verhuurde is er in het algemeen geen sprake van een afzonderlijke inrichting. Als deze zeggenschap afwezig is, wordt aangenomen dat er wel (twee) afzonderlijke inrichtingen bestaan. Daarbij kan ook de intentie van de huurder en verhuurder een rol van betekenis spelen. Naar de huidige stand van de jurisprudentie kunnen huurder en verhuurder hun huurovereenkomst dus op die wijze opstellen en naleven dat er sprake is van één of twee inrichtingen in de zin van de Wm.<sup>127</sup> Als in situatie (1) blijkt dat de verhurende NV A via de huurovereenkomst zeggenschap heeft over de fabriek waarin de verf-activiteiten plaatsvinden en er dus voor kan zorgdragen dat BV C de vergunningsregels naleeft, kan deze nabijgelegen fabriek als onderdeel van één inrichting – tezamen met de andere twee fabrieken – worden aangemerkt indien partijen dit uitdrukkelijk wensen en zijn overeengekomen. Bij de vergunningverlening kan een derde/belanghebbende overigens wel tegen de beoordeling van het bevoegd gezag dat er sprake is van één inrichting in de zin van de Wm bezwaar maken, mits deze beoordeling ongunstige gevolgen met zich meebrengt voor de derde/belanghebbende. Maar dit terzijde. Indien BV C de enige (rechts)persoon is die zeggenschap heeft over de verf-fabriek, zal in geval van handhaving alleen BV C kunnen worden aangesproken tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften, en niet NV A. De situatie kan verder worden verduidelijkt door ook functionele afscheiding, zoals het plaatsen van een hek om de desbetreffende fabriek, aan te brengen.

### Opvolgende huurders/verhuurders

Een andere situatie is die waarin vanwege een bedrijfsovername de ene huurder of verhuurder wordt opgevolgd door een andere huurder of verhuurder.<sup>128</sup> De opvolgende huurder of eigenaar/verhuurder zal moeten nagaan of de bestaande huurovereenkomst bewerkstelligt of alleen de huurder of de verhuurder, dan wel beiden, als drijver van de inrichting zijn aan te merken én of hij deze situatie wenst voort te zetten. Het is niet ondenkbaar dat een nieuwe huurder of verhuurder juist af wil van de omstandigheid dat er sprake is van één inrichting. Dit kan uiteraard, indien er naar aanleiding van de bedrijfsovername een nieuwe huurovereenkomst wordt opgesteld, in de contractuele sfeer worden opgelost. Vervolgens zal een aanvraag tot wijziging, aanvulling of intrekking van de aan de Wm-vergunning verbonden voorschriften (art. 8.24 en art. 8.26 Wm) door de nieuwe huurder moeten

---

<sup>127</sup> Zie H.J.M. Besselink, H.A.E. Uniken Venema en M. Verbree, 'Een complexvergunning voor zelfstandige bedrijven', *M&R* 1996/2, p. 39-42 en V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer*, Boom Juridische uitgevers, 2005.

<sup>128</sup> Zie over de opvolgend huurder en/of verhuurder meer algemeen en uitgebreid in het kader van huur en bodemverontreiniging par. 7.6.

plaatsvinden. In geval van intrekking kan daarna een nieuwe Wm-vergunning worden verleend.

Indien er sprake is van de overdracht van een bedrijf via een activa/passivatransactie kan er ook sprake zijn van een indeplaatsstelling van de nieuwe huurder door de voorgaande huurder (zie art. 3:307 BW).<sup>129</sup> Dan treedt de nieuwe huurder automatisch in alle rechten en plichten van de voorgaande huurder. Indien de verhuurder na de indeplaatsstelling niet bereid is om de huurovereenkomst ten aanzien van de zeggenschapsverhoudingen tussen de verhuurder en de huurder die blijken uit de huurovereenkomst aan te passen, hetgeen de verhuurder niet verplicht is, op een wijze zodat er geen sprake meer is van één inrichting, kan de nieuwe huurder het bevoegd gezag vragen de desbetreffende inrichting te beschouwen als twee aparte inrichtingen met ieder een eigen Wm-vergunning. Tegen een afwijzend besluit of een ander besluit waaruit blijkt dat het bevoegd gezag ervan uitgaat dat er sprake is van één inrichting in de zin van de Wm, kan de nieuwe in de plaats getreden huurder beroep instellen bij de rechter, vergelijk de hiervoor vermelde uitspraak van de ABRvS van 16 november 2005.<sup>130</sup>

#### 2.4.3 *De juridische (af)splitsing*

Hetgeen hiervoor is opgemerkt over de gedeeltelijke verkoop van activa (en passiva) van de onderneming die de inrichting vormt, gaat ook grotendeels op in geval van een juridische (af)splitsing. Bij een zuivere juridische splitsing – dat wil zeggen de juridische splitsing waarbij de splitsende rechtspersoon verdwijnt en twee of meer andere rechtspersonen het vermogen van de oude rechtspersoon onder algemene titel verkrijgen – kan het logisch en wenselijk zijn twee of meer nieuwe revisievergunningen af te geven aan de verkrijgende rechtspersonen indien zij beiden aparte zeggenschap verkrijgen over de door hun gedreven installaties.<sup>131</sup> In die omstandigheden ontstaan er immers twee inrichtingen in de zin van de Wm. Ook hier geldt weer dat technische en functionele scheidingen de situatie verder verduidelijken, maar van doorslaggevende betekenis zijn deze componenten niet. Aangezien de activa en passiva onder algemene titel zijn overgegaan op de verkrijgende rechtspersonen, zal de oude inrichting meestal gedeeltelijk en afgescheiden worden voortgezet door ieder van de verkrijgende rechtspersonen, en ligt afgifte van nieuwe revisievergunningen voor de hand. Indien (één van) de verkrijgende rechtspersonen voornemens zijn (is) nieuwe activiteiten te ontplooiën in de ‘oude’ inrichting van de verdwenen splitsende rechtspersoon, kan zowel een oprichtings- als een revisievergunning worden afgegeven. Evenals de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer reeds betoogde,<sup>132</sup> lijkt het mij onwenselijk om op

<sup>129</sup> Zie uitgebreid over de ‘indeplaatsstelling’ in het kader van huur en bodemverontreiniging par. 7.6.

<sup>130</sup> LJN: AU6219, zaaknr. 200500891/1.

<sup>131</sup> Vergelijk de in paragraaf 2.2.1 besproken uitspraak van de ABRvS 24 december 2002, AB 2003, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam.

<sup>132</sup> C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 55-68.

grond van artikel 8.26 Wm voor één van de (nieuw opgericht) rechtspersonen de oorspronkelijke vergunning ná gedeeltelijke intrekking te laten gelden met als gevolg dat de andere nieuw opgerichte vennootschap(pen) (elk) een oprichtingsvergunning moeten aanvragen. Ten eerste kan de aanwijzing van de rechtspersoon die doorgaat met de oorspronkelijke vergunning arbitrair zijn. Ten tweede moet voor de andere rechtspersonen een oprichtingsvergunning worden aangevraagd, hetgeen niet aansluit bij de werkelijke situatie indien zij de activiteiten van de oorspronkelijke inrichting ieder voor zich gedeeltelijk voortzetten. Afgifte van revisievergunningen ligt in dergelijke gevallen meer voor de hand.

Indien er sprake is van een juridische afsplitsing, zal aan het afgesplitste gedeelte van de inrichting/rechtspersoon een revisie- of oprichtingsvergunning kunnen worden verstrekt. Wat betreft het niet-afgesplitste gedeelte van de inrichting zijn naar mijn mening twee opties mogelijk: óf de afsplitsende rechtspersoon kan bij het bevoegd gezag conform art. 8.26 Wm om gedeeltelijke intrekking van de vergunning ten aanzien van het afgesplitste gedeelte van de inrichting verzoeken, zodat de afgesplitste rechtspersoon een oprichtingsvergunning moet aanvragen, óf er kan een revisievergunning worden verstrekt aan zowel de afsplitsende als de afgesplitste rechtspersoon.

Ook in geval van een juridische (af)splitsing kan het zich voordoen dat een rechtspersoon slechts juridisch wordt (af)gesplitst met als doel om twee inrichtingen in de zin van de Wm te creëren. Indien dan achteraf blijkt dat in één van deze nieuw ontstane inrichtingen milieu(vergunnings)regels worden overtreden, en de ander opgerichte rechtspersoon, of in geval van juridische afsplitsing de splitsende rechtspersoon, nog zeggenschap uitoefent in die inrichting, kan er toch sprake zijn van één inrichting in de zin van de Wm. De oorspronkelijke situatie waarin twee verschillende milieuvergunningen zijn afgegeven door het bevoegd gezag vanwege de omstandigheden op dat moment, komt immers niet (meer) overeen met de werkelijkheid.

#### 2.4.4 *Wijziging van een inrichting waarvoor een persoonsgebonden Wm-vergunning is verleend*

Met betrekking tot persoonsgebonden Wm-vergunningen vindt zoals gezegd geen overgang van rechtswege plaats. De desbetreffende Wm-vergunning is immers niet voor niets aan te duiden als zijnde persoonlijk. In art. 8.20 lid 3 Wm zijn enige uitzonderingen op deze regel gemaakt.<sup>133</sup> De situatie met betrekking tot persoons-

---

<sup>133</sup> Art. 8.20 lid 3 Wm: “Bij algemene maatregel van bestuur kunnen categorieën van gevallen worden aangegeven, waarin de vergunning slechts geldt voor degene aan wie zij is verleend. Daarbij kan tevens worden bepaald dat in daarbij aangegeven categorieën van gevallen: a de vergunning nog gedurende een daarbij aangegeven termijn blijft gelden voor rechtsopvolgers van degene aan wie zij is verleend; b. de vergunning ook geldt voor een rechtspersoon, aan wie zij is overgedragen door een andere rechtspersoon, indien daarvoor door het bevoegd gezag, dan wel – in gevallen als aangegeven krachtens artikel 8.35 – Onze minister toestemming is verleend.”

gebonden Wm-vergunningen lijkt derhalve duidelijk: er vindt in principe geen overgang van rechtswege van de vergunning naar de nieuwe (rechts)persoon plaats. Indien echter een gedeelte van de inrichting wordt verkocht, verhuurd of ver(erf)pacht aan een andere (rechts)persoon, en er wordt, gezien de zeggenschapsverhoudingen en overige bindingen, niet geoordeeld dat er sprake is van twee vergunningplichtige inrichtingen, kan de bijzondere situatie ontstaan dat een nieuwe partij mededrijver is geworden van een inrichting waarvoor aan de oorspronkelijke drijver een persoonsgebonden vergunning is verstrekt. Deze situatie kan door de vergunningverlenende instantie als onwenselijk worden ervaren. Indien er sprake is van verhuur of ver(erf)pachting waarbij partijen gezamenlijk in de huurovereenkomst of de (erf)pachtvoorwaarden hebben neergelegd dat de huurder of (erf)pachter de regels weergegeven in de Wm-vergunning verleend aan de verhuurder of (erf)verpachter moet naleven en dat de verhuurder of (erf)verpachter toezicht dienaangaande houdt, kan dit probleem worden ondervangen. Er blijft dan sprake van één inrichting, omdat de verhuurder of ver(erf)pachter zeggenschap over de desbetreffende installaties blijft houden. Ook hier geldt overigens weer het voorbehoud dat andere (feitelijke) omstandigheden zoals functionele of technische bindingen, dan wel het feitelijk niet nakomen van de desbetreffende contractuele verhoudingen, ook een rol spelen ter beoordeling of er al dan niet sprake is van één of meer inrichtingen. Het voorgaande betekent wél dat de verhuurder of (erf)verpachter (die in principe het vertrouwen van de overheid heeft) een toezichthoudende taak krijgt op de huurder of (erf)pachter.

In geval van verkoop en levering van activa en passiva is een contractuele bepaling waardoor de verkoper zeggenschap blijft houden over de verkochte activa en passiva die tezamen één of meer instellingen vormen moeilijker voorstelbaar. De verkoper kan meestal geen toezicht en zeggenschap uitoefenen over het verkochte gedeelte van de inrichting. Het meest logisch in dit soort gevallen is om vast te stellen dat, indien door de wijzigingen twee of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm zijn ontstaan, als gevolg daarvan aan de oorspronkelijke drijver een aangepaste Wm-vergunning (veranderings- of revisievergunning) wordt verleend, en aan de koper een oprichtingsvergunning. Dit laatste uiteraard alleen mits het vergunningverstrekken bevoegd gezag bereid is tot het verlenen van een persoonsgebonden milieuvergunning aan de koper.

## 2.5 De juridische fusie

Een juridisch fusie bewerkstelligt de overgang onder algemene titel van de vermogens van één of meer bestaande rechtspersonen naar een door hen opgerichte nieuwe rechtspersoon dan wel van de ene rechtspersoon naar een andere al bestaande rechtspersoon.<sup>134</sup> Indien de door de fuserende rechtspersonen gedreven inrichtingen fysiek dicht bij elkaar zijn gelegen, dat wil zeggen ongeveer binnen

---

<sup>134</sup> Art. 2:309 e.v. BW.

de 1000 meter grens, bijvoorbeeld op hetzelfde bedrijventerrein, kan het voorkomen dat ná de juridische fusie alle instellingen onder één organisatie komen en onderling samenwerken. Uiteraard zal deze situatie zich in de praktijk niet zo heel snel voordoen. Vaak liggen de installaties van de fuserende rechtspersonen fysiek niet dicht bij elkaar. Desondanks is het denkbaar dat het inrichtingenbegrip soms een rol van betekenis speelt in geval van een juridische fusie.

De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer onderscheidt hier drie benaderingen:

- (1) de nieuwe fusierechtspersoon werkt door met de oorspronkelijke vergunningen (indien de instellingen niet in elkaars nabijheid zijn gelegen zal dit uiteraard standaard het geval zijn);
- (2) er wordt één revisievergunning verleend dan wel een melding conform art. 8.19 lid 2 Wm gedaan; of
- (3) aan het nieuw ontstane geheel wordt een oprichtingsvergunning verleend.<sup>135</sup>

De eerste benadering is zoals de Evaluatiecommissie Wet milieubeheer zelf opmerkt in zoverre onwenselijk, aangezien dan het systeem waarbij aan één inrichting één Wm-vergunning wordt verleend geheel wordt doorkruist. Indien de instellingen fysiek ver, meer dan ongeveer 1000 meter, van elkaar afliggen, is de eerste benadering uiteraard wél de standaard benadering. Wat betreft de overige twee benaderingen het volgende. Voorop staat dat de Wm-vergunning van rechtswege geldt voor de nieuwe drijver van de inrichting, tenzij het een persoonsgebonden milieuvergunning betreft. Verlening van een oprichtingsvergunning ligt daarom minder voor de hand, tenzij de fusierechtspersoon juist nieuwe activiteiten gaat uitoefenen. Maar ook in die situatie kan een revisievergunning volstaan. Benadering (2) lijkt daarom het meest geschikt voor deze situatie. Eén van de twee (dan wel meerdere indien er meerdere rechtspersonen fuseren) oorspronkelijk verleende Wm-vergunningen wordt ingetrokken, en de andere Wm-vergunning wordt zodanig herzien en aangepast dat deze is toegesneden op de nieuw ontstane inrichting. Deze benadering doet enerzijds recht aan het feit dat er civielrechtelijk een bedrijfsoverdracht onder algemene titel heeft plaatsgevonden. Eén van de oorspronkelijke Wm-vergunningen blijft in aangepaste (uitgebreide) vorm gelden, waardoor de beoogde continuïteit is gewaarborgd. Anderzijds is de verandering vanwege de juridische fusie en daardoor van de inrichting niet genegeerd en tot uitdrukking gebracht in gewijzigde en ingetrokken vergunningsvoorschriften.

---

<sup>135</sup> C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 57-58.

## **2.6 De aandelentransactie en het zogenaamde verticale mededrijverschap**

### **De aandelentransactie**

Door de aandelentransactie wijzigt de rechtspersoon van de vergunninghouder/drijver niet. De rechtspersoon die de inrichting vóór de aandelentransactie dreef, blijft ook ná de aandelentransactie drijver van die inrichting. Er zouden zich dus geen problemen mogen voordoen ten aanzien van de omvang van de inrichting. Toch is deze situatie niet zo eenvoudig als deze op het eerste gezicht lijkt. Er treedt vennootschapsrechtelijk gezien vanwege het plaatsvinden van de aandelentransactie een verandering in 'verticale zin' op: er komt een nieuwe aandeelhouder en in het verlengde daarvan wellicht ook een nieuw bestuur van de vennootschap. De koper van aandelen van een vennootschap die een inrichting drijft, dient zich derhalve te realiseren dat ook hij, als groot of enig aandeelhouder en wellicht als (enig) bestuurder van de vennootschap/drijver, aangesproken kan worden tot naleving van milieu(vergunnings)voorschriften. Op de precieze omstandigheden waaronder dit mogelijk is, wordt ingegaan in hoofdstuk 8.

### **Positie van het vergunningverlenende bevoegd gezag**

Zoals gezegd, betekent de verandering op aandeelhoudersniveau meestal ook een verandering van zeggenschap binnen de inrichting gedreven door de vennootschap. Dit kan onwenselijk zijn, indien de nieuwe aandeelhouder in het verleden in een ander verband (voor een andere inrichting) milieu(vergunnings)voorschriften heeft overtreden. Het is naar huidig recht echter voor het bevoegd gezag niet mogelijk om te voorkomen dat een bepaalde partij de aandelen van een vennootschap die de inrichting drijft verkrijgt.<sup>136</sup>

Ditzelfde probleem speelt ook in geval van een overdracht van aandelen van een vennootschap waaraan een persoonsgebonden vergunning is verleend. Verschil is wellicht dat dán door het bevoegd gezag kan worden betoogd dat de persoonsgebonden milieuvergunning juist aan de vennootschap is verleend vanwege het goede gedrag van, en het vertrouwen van de vergunning verstrekkende instantie in, de bestuurders en/of aandeelhouder(s) (de 'eigenaren') van de vennootschap. De Wm-vergunning kan dan waarschijnlijk worden ingetrokken of gewijzigd indien er een wijziging plaats vindt op aandeelhoudersniveau. Bij een niet-per-

---

<sup>136</sup> De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer concludeerde in haar rapport dat, indien er geen sprake is van een Wm-vergunning met persoonsgebonden elementen, in geval van een overdracht van aandelen van de rechtspersoon die de inrichting drijft of in geval van een volledige overname van een inrichting via een activa/passiva-overeenkomst, er zich niet snel problemen kunnen voordoen in verband met artikel 8.20 lid 1 Wm. C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 70-71.



soonsgebonden vergunning lijkt een dergelijke wijziging of intrekking van de Wm-vergunning vanwege het plaatsvinden van een aandelentransactie thans niet heel gemakkelijk mogelijk, tenzij kan worden aangetoond dat de nieuwe aandeelhouder wezenlijke invloed (zeggenschap) uitoefent over de inrichting en deze zeggenschap het bevoegd gezag onwenselijk voorkomt.

### Mededrijverschap

Ondanks de omstandigheid dat er ingevolge de Wm sprake is van één inrichting, kunnen er, zoals gezegd, meerdere drijvers van één inrichting zijn. In geval van mededrijverschap over de inrichting door een aandeelhouder, wordt wel een gesproken over het zogenaamde ‘verticale mededrijverschap’.<sup>137</sup> Het verticale mededrijverschap heeft betrekking op één inrichting, en betreft dus niet die situatie waarin meerdere (rechts)personen één inrichting drijven (vergelijk de Givaudan-zaak). Van verticaal mededrijverschap is juist sprake in die gevallen waarin een (rechts)persoon, die in een bepaalde zeggenschapsverhouding staat tot de primaire drijver van de inrichting, aangewezen kan worden als mededrijver van de inrichting. Te denken valt aan een (enig) bestuurder, een (feitelijk) leidinggevende of een grootaandeelhouder/moedermaatschappij van de primair drijvende rechtspersoon. Ten aanzien van de verhouding moedervennootschap – dochtervennootschap is het wel van belang dat de moedervennootschap ook daadwerkelijk invloed over de bedrijfsvoering van de dochtervennootschap kan uitoefenen. Deze invloed is soms aanwezig via aandeelhouders- of bestuursposities van de moedervennootschap binnen de dochtervennootschap. De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer stelt echter wel terecht vast dat bij concernverhoudingen niet altijd duidelijk is of er voldoende mate van zeggenschap is om de moedervennootschap als drijver van de inrichting aan te duiden. *Van ’t Lam, Jurgens en Michiels* stellen dat daarom één van de (rechts)personen die tot hetzelfde concern behoren op grond van een privaatrechtelijke overeenkomst zeggenschap dient te hebben over de gehele bedrijfsvoering, ondanks de omstandigheid dat er sprake is van een concern. Zij hebben het dan echter over de situatie waarin aan de moedervennootschap een Wm-vergunning wordt verleend, waarbij de dochtermaatschappijen allen onder één en dezelfde inrichting vallen.<sup>138</sup>

Een andere situatie is echter die waarin de dochtervennootschap drijver van één inrichting is, maar de moedervennootschap gezien de omstandigheden als mededrijver van die inrichting is te beschouwen, zelfs indien er géén privaatrechtelijke

<sup>137</sup> Ik ontleen de term ‘verticaal drijverschap’ aan C.L. Knijff, G.T.J.M. Jurgens en Ch.W. Backes, *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Volksvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Publicatiereeks milieubeheer, 1998/8, p. 54.

<sup>138</sup> Zie het onderzoek verricht in opdracht van het Ministerie van VROM door V.M.Y. van ’t Lam, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Het begrip ‘inrichting’ in de Wet milieubeheer, een onderzoek naar het begrip ‘inrichting’ als aangrijppunt voor milieuregelgeving*, Onderzoeksreeks milieuwetgeving 2002/1, VROM, juni 2002, p. 86. Dit is uiteraard een uitzonderlijke situatie. Immers, de desbetreffende moeder- en dochtervennootschappen moeten dan ook fysiek dicht bij elkaar zijn gelegen. Bijvoorbeeld allen op hetzelfde bedrijfsterrein.

overeenkomst is tussen beide rechtspersonen gesloten. De achterliggende gedachte is immers dat de moedermaatschappij als mededrijver medeverantwoordelijk kan worden gehouden voor de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de drijvende rechtspersoon, aangezien zij via haar positie binnen de drijvende rechtspersoon de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften kan bewerkstelligen. Door deze redenering is het juist niet van doorslaggevend belang of er een privaatrechtelijke overeenkomst is gesloten tussen de moederverenootschap en de dochterverenootschap(en). Uiteraard kan een dergelijke overeenkomst wel verduidelijken of de moederverenootschap al dan niet mededrijver is. Op dit soort van mededrijverschap en vooral het (mede)overtrederschap wordt verder ingegaan in hoofdstuk 8.

## **2.7 Vereenvoudiging van het Wm-vergunningstelsel naar aanleiding van een privaatrechtelijke transactie die mede effect heeft op de omvang van de inrichting**

De vraag die in deze paragraaf ter sprake komt is of het, los van de handhavingssituatie, gemakkelijker zou moeten worden om na het plaatsvinden van een activa/passivatransactie, juridische fusie of juridische (af)splitsing, het bevoegd gezag te verzoeken om over te gaan tot het verstrekken van verschillende nieuwe en/of aangepaste milieuvergunningen. Een dergelijke benadering is niet nadelig voor het milieu. Het bevoegd gezag kan immers altijd handhaven via het inrichtingenbegrip. Handhaving op grond van dit inrichtingenbegrip blijkt over het algemeen, een uitzondering zoals de hiervoor vermelde zaak *Givaudan Roure S.A.*<sup>139</sup> daargelaten, goed te werken. Met betrekking tot de handhavingssituatie bepleit ik derhalve geen grote veranderingen. Wat betreft het verantwoordelijk kunnen houden van bestuurders van rechtspersonen en aandeelhouders van vennootschappen ten aanzien van overtredingen van milieu(vergunnings)voorschriften, verwijs ik naar hoofdstuk 8 van dit boek.

Wel zou art. 1.1 lid 4 Wm kunnen worden aangepast, in die zin dat ter beoordeling van de vraag of er sprake is van één of juist meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, het zeggenschaps criterium het leidende criterium is. In die zin sluit ik mij aan bij de conclusies die *Van 't Lam* trekt in haar dissertatie uit 2005.<sup>140</sup>

Thans kan in geval van een privaatrechtelijke transactie waardoor de zeggenschapsverhoudingen binnen de inrichting veranderen een wijziging, aanvulling of intrekking van de vergunning op aanvraag van de vergunninghouder plaatsvinden (zie art. 8.24 lid 1 Wm). De beslissing van het bevoegd gezag op een dergelijk ver-

<sup>139</sup> Vz. ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999, 45, m.nt. C.L. Knijff.

<sup>140</sup> V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2005, p. 385.

zoek is echter een beschikking waarop afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is (zie art. 8.6 Wm). Dit betekent dat er sprake is van een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure, waarbij het ter inzage leggen van het ontwerpbesluit (art. 3:11 Awb), de openbaarmaking van de beschikking (art. 3:12 Awb) en het inbrengen van bedenkingen (art. 3:15 – 3:16 Awb) veel tijd in beslag kunnen innemen. De uiterste beslistermijn in dergelijke openbare voorbereidingsprocedures is 6 maanden (zie art. 3:18 lid 1 Awb), tenzij het de intrekking van de vergunning betreft. In dat laatste geval is de procedure korter, en moet uiterlijk 12 weken na de aanvraag tot intrekking een besluit door het bevoegd gezag zijn genomen (zie art. 3:18 lid 3 Awb).

Indien partijen betrokken bij de transactie kunnen aantonen dat de privaatrechtelijke transactie geen (belangrijke) wijzigingen met betrekking tot de werkzaamheden zal teweegbrengen, maar wel graag over op de nieuwe situatie toegesneden Wm-vergunningen willen beschikken, is het naar mijn mening niet bezwaarlijk om deze procedures te verkorten.<sup>141</sup> Met ander woorden, een verzoek tot wijziging conform art. 8.24 Wm en art. 8.26 Wm zou dan niet via de openbare voorbereidingsprocedure moeten worden behandeld. De desbetreffende beschikking kan dan binnen een nieuwe door de Wm vast te stellen kortere termijn worden genomen (art. 4:13 Awb), bijvoorbeeld binnen 6 of 8 weken. Op deze manier kan er, met name in geval van een juridische (af)splitsing, een juridische fusie of een activa/passivatransactie, sneller op bepaalde gewijzigde eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen worden gereageerd voor zover het de Wm-vergunning betreft.

Aangezien het in de praktijk vaak wijzigingen op vennootschapsniveau zullen betreffen die mede wijziging van de Wm-vergunning noodzakelijk maken, is het geen vreemde gedachte om bij de Wm-vergunning verlening nadrukkelijk rekening te houden met de veranderde civielrechtelijke werkelijkheid. Het bevoegd gezag moet dan wel alle gegevens van de betrokken aanvragers ontvangen waaruit blijkt dat de veranderde of nieuw ontstane inrichting zeggenschap uitoefent over de desbetreffende installaties. Dit zal, gezien de omstandigheid dat het vennootschapsrecht juist betrekking heeft op zeggenschapsverhouding binnen een organisatie (denk aan de ten grondslag liggende organisatiestructuur van een BV of NV waarbinnen een bestuur, aandeelhouders en mogelijk een toezicht houdende raad van commissarissen opereren), meestal geen probleem zijn. Overlegging

---

<sup>141</sup> Overigens is er vaak toch al een overgangperiode (transitieperiode) tussen de verkoop en overdracht van een onderneming die in geval van grote bedrijfsovernames vaak al enkele maanden duurt. In die gevallen is het feit dat een wijziging of intrekking van de bestaande Wm-vergunning enige maanden in beslag neemt, minder van belang voor de contractspartijen. Ook kunnen de partijen contractueel bepaalde afspraken maken omtrent de verantwoordelijkheid voor overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften gedurende een bepaalde periode. Ondanks deze twee omstandigheden lijkt het toch aantrekkelijk om de aanpassing van de Wm-vergunning naar aanleiding van een privaatrechtelijke transactie sneller plaats te laten vinden. Dit vergemakkelijkt de bedrijfs-overname en kan heel praktisch zijn in geval van een (kleinere) bedrijfsovername die in een korte periode wordt afgerond.

van bewijsstukken waaruit de zeggenschapsverhoudingen blijken kan naar mijn mening verplicht worden gesteld voor toelating tot een versnelde procedure van 6 of 8 weken, bijvoorbeeld in art. 5.1 van het Ivb.<sup>142</sup> Via een dergelijke transparantie ten aanzien van de zeggenschapsverhoudingen van de (toekomstige) drijver van de inrichting, kunnen ook mogelijke bezwaren tegen de vergunningverlening of -wijziging worden voorkomen. Aangezien de vergunningverlening dan meer is toegesneden op de civielrechtelijke realiteit, met bewijsmiddelen onderbouwd door de aanvrager, zal dit in de praktijk vaak betekenen dat de vergunningverlening plaats vindt aan een bepaalde rechtspersoon die een onderneming drijft. Daarom zal de zinsnede “tot eenzelfde onderneming (...) behorende installaties” in dergelijke gevallen meestal de civielrechtelijke situatie weergeven. De te verspreken Wm-vergunning zal immers normaliter betrekking hebben op een bepaalde onderneming gedreven door een bepaalde rechtspersoon/vergunninghouder. Voormelde zinsnede is dan weliswaar niet altijd doorslaggevend, maar geeft wel aan dat de Wm-vergunning in het algemeen betrekking zal hebben op installaties behorende tot één onderneming die tezamen zijn aan te duiden als één inrichting in de zin van de Wm. Als richtsnoer bij de vergunningverlening lijkt mij het begrip ‘eenzelfde onderneming’ heel bruikbaar.

Opmerking bij het voorgaande verdient wel dat er altijd het gevaar bestaat dat een inrichting gedeeltelijk wordt verkocht of juridisch (af)gesplitst, juist om bepaalde vergunningplichtige activiteiten ‘uit’ de oorspronkelijke inrichting ‘te halen’. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een juridische herstructurering binnen een concern. Echter, bij de vergunningverlening dient wel het ALARA-beginsel<sup>143</sup> in acht dient te worden genomen.<sup>144</sup>

Het bevoegd gezag kan dan ook de nodige voorschriften aan de Wm-vergunningverlening verbinden. Daarnaast kunnen, als het een inrichting betreft die ernstig nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken, (1) aan de nieuwe milieuvergunning voorschriften worden verbonden inhoudende dat de drijver van de inrichting financiële zekerheid stelt voor het nakomen van de krachtens de Wm-vergunning geldende verplichtingen, dan wel (2) financiële zekerheid stelt ter dekking van zijn aansprakelijkheid voor schade die voortvloeit uit door de inrichting veroorzaakte nadelige gevolgen voor het milieu (art. 8.15 lid 1 Wm). Zie over financiële zekerheidstelling in het milieurecht par. 9.4.2 en par. 9.4.3. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de drijver van de nieuw ontstane inrichting zijn verplichtingen uit de Wm-vergunning niet nakomt. Het stellen van financiële

---

142 In het kader van het zeggenschaps criterium heeft Van 't Lam al betoogd dat art. 5.1 van het Ivb kan worden gewijzigd, in die zin dat daarin kan worden bepaald dat bij de vergunningaanvraag een document moet worden overlegd waaruit blijkt dat de desbetreffende rechtspersoon (de toekomstige drijver) zeggenschap heeft over de installaties die één inrichting zouden moeten vormen. Zie V.M.Y. van 't Lam, *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 380.

143 Deze afkorting staat voor *As Low As Reasonable Achievable*.

144 Art. 8.11 lid 3 Wm.

zekerheid is overigens alleen mogelijk in geval van potentieel ernstig nadelige gevolgen voor het milieu. In de naar aanleiding van art. 8.15 Wm opgestelde algemene maatregel van bestuur (het Besluit financiële zekerheid milieubeheer)<sup>145</sup> blijkt namelijk dat de financiële zekerheidstelling alleen betrekking heeft op de verplichting tot het opslaan of beheren van de in de vergunning aangegeven afvalstoffen.<sup>146</sup> Bij de afweging om financiële zekerheidstelling verplicht te stellen betreft het bevoegd gezag de specifieke omstandigheden en de solvabiliteit van het betreffende bedrijf.<sup>147</sup> Het bevoegd gezag kan van de drijver bijvoorbeeld een borgtocht, bankgarantie, hypotheekrecht, pandrecht of deelneming aan een speciaal daartoe ingesteld fonds verlangen.<sup>148</sup> Hoewel voormelde regelgeving misbruik via een juridische herstructurering in dit kader niet geheel kan voorkomen, kan het bevoegd gezag in geval van ernstige milieugevaren de mogelijke door haar te maken kosten in de toekomst dienaangaande op voornoemde wijze financieel dekken.

In geval van bestuursrechtelijke handhaving kan er in het voorgestelde systeem overigens altijd op de regel van art. 1.1 lid 4 Wm worden teruggegrepen, aangezien dan het zeggenschaps criterium de doorslaggevende factor is. Indien zich ná het moment van vergunningverlening – veranderings-, revisie- of nieuwe oprichtingsvergunning – wijzigingen hebben voorgedaan waaruit blijkt dat er toch, gezien bepaalde zeggenschapsverhoudingen, weer sprake is van één inrichting in de zin van art. 1.1 lid 4 Wm, kan het bevoegd gezag alsnog de rechtsvoorganger als drijver van de inrichting op grond van art. 1.1 lid 4 Wm en de in de jurisprudentie ontwikkelde regels aanspreken tot naleving van de Wm-vergunningsregels.

## **2.8 Contractuele oplossingen in verband met de omvang van de inrichting en de zeggenschapsverhoudingen binnen die inrichting na het plaatsvinden van de bedrijfsovername**

### *2.8.1 Algemeen*

Partijen betrokken bij een activa/passivatransactie, een juridische fusie of (af)splitsing kunnen op verschillende wijzen contractueel anticiperen op de door hen gewenste omvang van de inrichting en de toebedeling van de zeggenschapsverhoudingen binnen die inrichting. Zoals hiervoor beschreven, hangt het vooral van die al dan niet aanwezige zeggenschap over de activiteiten verricht binnen de inrichting af of een (rechts)persoon als (mede)drijver van de inrichting aangesproken kan worden tot naleving van milieu(vergunnings)voorschriften. De zeg-

---

<sup>145</sup> Besluit financiële zekerheid milieubeheer, 8 februari 2003, *Stb.* 2003, 71, inwerkingtreding 1 mei 2003.

<sup>146</sup> Art. 3 lid 1 Besluit financiële zekerheid milieubeheer en Bijlage 1 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

<sup>147</sup> Art. 3 lid 2 Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

<sup>148</sup> Art. 5 Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

genschap kan daarnaast ook voortvloeien uit bepaalde feitelijke gedragingen van een (rechts)persoon. Meestal zullen deze feitelijke gedragingen echter hun grondslag vinden in juridische verhoudingen, zoals rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, of in een huurovereenkomst, (erf)pachtrecht, recht van vruchtgebruik of gebruiksrecht. Een gebruiksrecht kan overigens alleen aan een natuurlijk persoon worden verleend en zal hierna niet meer ter sprake komen.

De juridische verhoudingen zullen dus vaak juist bewerkstelligen dat er sprake is van een bepaalde zeggenschap over de installaties die tezamen de inrichting vormen. De verhuurder kan soms bijvoorbeeld op grond van de huurovereenkomst ingrijpen en de overtreding van de milieu(vergunnings)voorschriften door de huurder ongedaan maken. De verhuurder kan in die gevallen worden aangeduid als (mede)drijver en overtreder.

In deze paragraaf wordt ingaan op een aantal mogelijke contractuele oplossingen met betrekking tot de onderlinge verantwoordelijkheid van de rechtsopvolger en de rechtsvoorganger ten aanzien van de naleving van de voor de inrichting(en) geldende milieu(vergunnings)voorschriften. In hoofdstuk 7 wordt eveneens ingegaan op contractuele aspecten in geval van bedrijfsovernames ten aanzien van het thema milieu. In deze paragraaf staan echter alleen die contractuele aspecten centraal, die zien op het drijverschap over de inrichting en op de omvang van de inrichting(en).

### 2.8.2 *Contractuele vrijwaringen en garanties in het overnamecontract*

De koper/rechtsopvolger kan een algemeen geformuleerde garantie van de verkoper/rechtsvoorganger verlangen, inhoudende dat de verkoper/rechtsvoorganger de milieu(vergunnings)voorschriften tot het moment van overdracht of de juridische fusie of (af)splitsing niet heeft overtreden. Het handhavende bevoegde gezag wordt uiteraard niet gehinderd door dergelijke contractuele bepalingen, en zal altijd de huidige drijver van de inrichting middels het opleggen van een last onder dwangsom als overtreder kunnen dwingen tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften. De huidige drijver is immers verantwoordelijk voor het naleven van de voor de door hem gedreven inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften. De voorgaande drijver/rechtsvoorganger heeft het niet meer (feitelijk en juridisch) in zijn macht om de overtredingen te beëindigen. Aan hem kan geen last onder dwangsom worden opgelegd.<sup>149</sup> Kosten betreffende bestuursdwang gemaakt door het handhavend bevoegde gezag kunnen op de overtreder worden verhaald.<sup>150</sup> Indien de bestuursdwangkosten slechts betrekking hebben op overtre-

149 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming en Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2003, p. 617-618.

150 Zie art. 5:25 leden 1, 2 en 3 Awb: "1. De overtreder is de kosten verbonden aan de toepassing van bestuursdwang verschuldigd, tenzij de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen. 2. De beschikking vermeldt dat de toepassing van bestuursdwang op kosten van de overtreder plaatsvindt. 3. Indien echter de kosten geheel of gedeeltelijk niet ten laste van de overtreder zullen worden gebracht, wordt zulks in de beschikking vermeld."

ding van de milieu(vergunnings)voorschriften die heeft plaatsgevonden op een moment vóórdat de nieuwe rechtsopvolger drijver van de inrichting was, is de laatste zinsnede van art. 5:25 lid 1 Awb van belang. Het zal in die gevallen immers onredelijk (kunnen) zijn diegene aan te spreken die de desbetreffende overtreding niet heeft begaan.<sup>151</sup>

In geval van bestuursdwang is het, in tegenstelling tot het opleggen van een last onder dwangsom, in die situatie wél mogelijk de overtredende oud-drijver aan te spreken, aangezien de oude drijver de overtreder was, en juist niet de nieuwe drijver. Het gaat dan immers alleen om kostenverhaal, en niet om actief optreden van de oude drijver. Juist in voormelde situaties waarbij een last onder dwangsom is opgelegd of er kosten voortvloeiende uit bestuursdwang zijn, kunnen partijen contractuele afspraken maken ten aanzien van de kostenverdeling.

Contractspartijen betrokken bij een bedrijfsovername komen onderling soms een overgangsperiode overeenkomen, waarin ook de verkopende partij na de verkoop en overdracht nog een rol blijft spelen bij de bedrijfsvoering of omgekeerd, de koper al een rol bij de bedrijfsvoering speelt vóór het moment van overdracht. Contractspartijen komen een dergelijke samenwerking overeen ter vergemakkelijking van de overgang van de bedrijfsvoering van de verkopende partij naar de kopende partij. Complicatie is dan wel dat het toezichthoudende bevoegd gezag, gezien de feitelijke zeggenschapsverhoudingen voortvloeiende uit contractuele verhoudingen, kan besluiten de verkopende partij, de kopende partij dan wel beiden, aan te spreken in geval van overtreding van de milieu(vergunnings)voorschriften plaatsvindende in deze door partijen gecreëerde overgangsperiode. Onderling zullen partijen dan contractueel moeten overeenkomen wie verantwoordelijk is voor de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften gedurende de overgangsperiode.

### 2.8.3 *De huurovereenkomst*

Over de situatie waarin sprake is van (onder)huur is in dit hoofdstuk al het een en ander opgemerkt. Duidelijk is dat, indien de verhuurder ingevolge de huurovereenkomst zeggenschap heeft over het verhuurde en de activiteiten die door de huurder in/op het verhuurde worden uitgevoerd, de verhuurder als (mede)drijver van de inrichting kan worden aangemerkt.<sup>152</sup> Hier past wel het voorbehoud dat in

151 Vergelijk L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming en Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2003, p. 615: "Kostenverhaal kan alleen bij de overtreder geoorloofd zijn. Er zijn gevallen waarin op zichzelf het toepassen van bestuursdwang rechtmatig is, maar het kostenverhaal op de overtreder achterwege hoort te blijven. Ingevolge art. 5:25, eerste lid, Awb is de overtreder de kosten niet verschuldigd als deze "redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen". We moeten hier denken aan gevallen waarin de overtreder aan de illegale situatie of handeling geen schuld heeft en de reden voor het aanzeggen van daadwerkelijk optreden met name is gelegen in bescherming van een bepaald algemeen belang."

152 Zie ook ABRvS 26 april 2006, *JM* 2006, 67, m.nt. Zigenhorn, r.o. 2.5.3: "Gezien de inhoud van het van de aanvraag deel uitmakende gebruikersprotocol mogen de gebruikers geen activiteiten verrichten die afwijken →

dat geval beide partijen, huurder en verhuurder, de intentie moeten hebben om tezamen één inrichting te vormen én dat andere (feitelijke) omstandigheden niet nopen tot het oordeel dat er toch sprake is van twee inrichtingen. Anderzijds kan uitdrukkelijk in de huurovereenkomst zijn vastgelegd dat juist alleen de huurder is aan te merken als drijver van de inrichting, en de verhuurder géén zeggenschap heeft over de door de huurder uit te oefenen activiteiten binnen de desbetreffende inrichting. Dit kan ook blijken uit de intentie van de partijen betrokken bij de huurovereenkomst. Kortom, de contractspartijen betrokken bij de huurovereenkomst kunnen in vergaande mate zelf vastleggen of de verhuurder en huurder al dan niet zijn aan te merken als (mede)drijver(s).<sup>153</sup>

Daarnaast zullen de contractspartijen zich ook feitelijk aan het in de huurovereenkomst vastgelegde moeten houden. Als de verhuurder, hoewel niet overeengekomen in de huurovereenkomst, feitelijke zeggenschap over het verhuurde uitoefent en het bevoegd gezag dit kan bewijzen, dan is de verhuurder toch als (mede)drijver van de inrichting aan te merken.

De positie van huurder is minder duidelijk door contractspartijen vast te leggen voor zover het de nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit milieu(vergunnings)voorschriften betreft. Vaak heeft de huurder zeggenschap over de activiteiten. Daarnaast heeft de huurder het vaak feitelijk in zijn macht om de geldende milieu(vergunnings)voorschriften met betrekking tot de door hem gedreven inrichting na te leven, en is de huurder daarom vaak in elk geval aan te duiden als overtreder en kan aan hem een last onder dwangsom worden opgelegd.<sup>154</sup> Aan de huurder kan in uitzonderingssituaties, namelijk indien hij het bijvoorbeeld juridisch niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen, geen last onder dwangsom worden opgelegd.

In het geval dat er ná het plaatsvinden van de activa/passivatransactie of juridische (af)splitsing sprake is van een situatie waarin de verkoper een onroerende zaak niet heeft verkocht, maar verhuurt aan de koper van de activa/onderneming, zijn de volgende situaties denkbaar:

- (1) De huurovereenkomst wordt zo opgesteld dat er sprake is van zeggenschap van de verhuurder over het verhuurde. Op die manier is de verhuurder aan te

---

van de aanvraag of die zich niet verdragen met de relevante vergunningvoorschriften, hetgeen wordt opgenomen in de huurovereenkomst met alle gebruikers. Gelet daarop en op het verhandelde ter zitting overweegt de Afdeling dat aanvraagster [de verhuurster, RM] zeggenschap kan uitoefenen over de activiteiten die de gebruikers in de inrichting verrichten. Dat in de inrichting niet op elk moment een toezichthouder namens aanvraagster aanwezig is, kan daaraan niet afdoen. Ten overvloede wordt in dit verband overwogen dat de Wet milieubeheer en de Algemene wet bestuursrecht aan verweerder de mogelijkheid bieden om, indien te zijner tijd zou blijken dat het toezicht vanwege de vergunningshouder niet of onvoldoende adequaat is, daartegen op te treden.”

<sup>153</sup> In uitzonderingssituaties kunnen derden/belanghebbenden dus op het moment van de vergunningverlening bezwaar maken tegen het oordeel dat er sprake is van één inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Dit bezwaar zal voornamelijk gegrond zijn indien het oordeel dat er slechts sprake is van één inrichting, nadelig is voor de derde/belanghebbende.

<sup>154</sup> Zie over het overtrederschap in het bestuursrecht uitgebreider par. 8.2.1.



duiden als drijver van de inrichting. Indien de huurder ook zeggenschap heeft over de inrichting, is ook de huurder drijver. De huurder of verhuurder kunnen tevens als overtreder door het bevoegd gezag worden aangesproken, indien zij zijn betrokken bij deze overtreding dan wel deze overtreding hadden kunnen voorkomen. Ook kan een last onder dwangsom aan de huurder en de verhuurder worden opgelegd. Zij hebben het namelijk feitelijk in hun macht om de desbetreffende overtreding te beëindigen. Dit kan anders liggen indien de huurder het juridisch gezien niet in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen. Dan kan aan de huurder géén last onder dwangsom worden opgelegd.

- (2) In de huurovereenkomst wordt bepaald dat de verhuurder geen toezicht en zeggenschap over het verhuurde kan uitoefenen. Ook feitelijk oefent de verhuurder geen zeggenschap over de inrichting uit. In dat geval is de huurder de enige drijver van de inrichting, en kan de huurder als overtreder worden aangesproken.

Een andere situatie is die waarin de rechtsopvolger de huurovereenkomst van de rechtsvoorganger voortzet. In geval van een aandelentransactie, juridische fusie of (af)splitsing vindt er óf geen verandering van huurderschap plaats (aandelentransactie) óf gaat de huurovereenkomst automatisch over op de rechtsopvolger onder algemene titel (juridische fusie of (af)splitsing). De bepalingen uit de oude huurovereenkomst blijven dan van toepassing. Indien er sprake is van een activa/passivatransactie kan er een indeplaatsstelling (art. 7:307 BW)<sup>155</sup> worden overeengekomen – of afgedwongen via de rechter – waardoor de nieuwe huurder alle rechten en plichten voortvloeiende uit de huurovereenkomst van de oude huurder overneemt. Eveneens is mogelijk, indien de verhuurder, voormalig huurder/verkoper van de onderneming én de nieuwe huurder/koper van de onderneming het daarover eens zijn, de oude huurovereenkomst te ontbinden en een nieuwe huurovereenkomst overeen te komen. In al deze situaties geldt onverkort dat de inhoud van de huurovereenkomst ter beoordeling van de vraag of de verhuurder en/of de huurder als drijver van de inrichting is/zijn aan te merken van groot belang is.

#### 2.8.4 *Andere overeenkomsten en rechten: (erf)pacht, vruchtgebruik en opstalrecht*

De opmerkingen ten aanzien van de inhoud van de huurovereenkomst zijn eveneens van toepassing ten aanzien van andere (contractuele) verhoudingen. Ik noem hier vier verhoudingen die een rol kunnen spelen bij het drijven van een inrichting.

In geval van erfpacht<sup>156</sup> kan uit de verbintenisrechtelijke erfpachtvoorwaarden in de akte van vestiging blijken dat de erfverpachter een dusdanig toezicht houdt op

---

<sup>155</sup> Zie over deze zogenaamde indeplaatsstelling uitgebreider par. 7.6.3.

<sup>156</sup> Art. 5:85 e.v. BW. Zie uitgebreid over de erfpachtovereenkomst in verband met bodemverontreiniging par. 7.5.

de door de erfpachter in de inrichting uitgevoerde activiteiten, dat gezegd kan worden dat hij zeggenschap heeft over de inrichting. Indien dergelijke erfpachtvoorwaarden ontbreken dan wel geen bepalingen bevatten wat betreft de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, kan de erfverpachter waarschijnlijk niet als drijver van de inrichting worden gezien. Ongeacht de inhoud van de erfpachtvoorwaarden, kan de erfpachter waarschijnlijk altijd als drijver van de inrichting worden aangeduid. De erfpachter heeft het immers meestal feitelijk en juridisch in zijn macht om de overtreding te beëindigen. De situatie kan gecompliceerd zijn, indien de erfpachter de zaak waarop het recht van erfpacht rust, bijvoorbeeld de fabriek die de inrichting vormt, verhuurt of geheel of gedeeltelijk in ondererfpacht geeft.<sup>157</sup> Onder meer afhankelijk van de zeggenschapsverhoudingen die voortvloeien uit de erfpachtvoorwaarden geldende tussen de erfverpachter en de erfpachter en tussen de erfpachter en de ondererfpachter of uit het bepaalde in de huurovereenkomst, kan er sprake zijn van meerdere drijvers van dezelfde inrichting: de erfverpachter en/of de erfpachter en/of de ondererfpachter/de huurder.

Ook in geval van vruchtgebruik kan de hoofdgerechtigde naast de vruchtgebruiker, afhankelijk van de inhoud van de bij de vestiging van het vruchtgebruik gestelde regels,<sup>158</sup> worden aangemerkt als drijver van de inrichting. Indien niet uitgesloten bij de vestiging van het vruchtgebruik, kan ook de vruchtgebruiker de aan het vruchtgebruik onderworpen zaken (de inrichting vormend) verhuren of verpachten, zodat er ook dan sprake kan zijn van meerdere drijvers van dezelfde inrichting: de hoofdgerechtigde en/of de vruchtgebruiker en/of de huurder/pachter.

De pachtovereenkomst<sup>159</sup> zal in geval van een bedrijfsovername alleen een rol spelen indien er sprake is van een overname van een agrarisch bedrijf. Ook hier geldt dat, afhankelijk van de inhoud van de pachtovereenkomst, ook de verpachter als drijver van de inrichting kan worden aangemerkt.

In geval van vestiging van een recht van opstal<sup>160</sup> zal meestal de opstaller zelf de inrichting bestaande uit de opstallen drijven. De (bloot) eigenaar van de grond waarop zich de opstallen bevinden, zal meestal niet als (mede)drijver van de desbetreffende inrichting zijn aan te merken. De opstaller is immers eigenaar van de opstallen<sup>161</sup> waarin de inrichting wordt gedreven. De bevoegdheden van de opstaller tot het gebruiken, aanbrengen en wegnemen van gebouwen, werken en beplan-

---

<sup>157</sup> Art. 5:93 BW.

<sup>158</sup> Art. 3:207 lid 1 BW.

<sup>159</sup> Zie art. 1 lid 1 onder d van de Pachtwet: "pachtovereenkomst: elke overeenkomst, in welke vorm en onder welke benaming ook aangegaan, waarbij de ene partij zich verbindt aan de andere partij tegen voldoening van een tegenprestatie een hoeve of los land in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw."

<sup>160</sup> Art. 5:101 BW.

<sup>161</sup> Althans, in het algemeen. Zie voor de mogelijkheid waarin de opstaller geen eigenaar is van de opstallen, *De Groene Serie Privaatrecht, Zakelijke rechten*, aantekening 3 ('kunnen in de akte ... worden beperkt') bij artikel 5:102 BW, bewerkt door A.J. Pleysier, bewerkt tot 1 juni 2005.

tingen kunnen wel worden beperkt in de akte van vestiging van het opstalrecht.<sup>162</sup> Indien deze beperkingen, met name met betrekking tot het gebruik, in het leven zijn geroepen ter voorkoming van overtreding van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften, en de bloot eigenaar dienaangaande toezicht mag of moet houden en zelfs in kan grijpen in geval van overtreding, is de bloot eigenaar vanwege zijn zeggenschap over de desbetreffende activiteiten verricht binnen de inrichting wel aan te merken als (mede)drijver. In de situatie dat er organisatorische, technische en/of functionele verbindingen tussen de opstallen en andere gebouwen/werken – niet onder het opstalrecht vallende – zijn, kunnen de opstallen onderdeel zijn van één grotere inrichting.

## 2.9 Bevindingen

In een onderzoek waarin milieurechtelijke aspecten van een bedrijfsovername centraal staan, mag een beschouwing over de reikwijdte van de begrippen inrichting en drijver in de Wm en de mogelijke invloed van een bedrijfsovername op die reikwijdte niet ontbreken.

### *Vergunning en bedrijfsovername*

De belangrijkste bevinding weergegeven in dit hoofdstuk is dat het begrip inrichting in de Wm bij de vergunningaanpassing, vergunningverlening en gedeeltelijke intrekking van de vergunning meer aansluiting zou kunnen krijgen bij de door een civielrechtelijke transactie gewijzigde omstandigheden. Het zou voor partijen gemakkelijker moeten worden om op grond van art. 8.24 Wm en art. 8.26 Wm de bestaande Wm-vergunning te laten wijzigen of intrekken. Daarbij zou ten eerste de openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) vervangen kunnen worden door een gewone voorbereidingsprocedure (zie de afdelingen 4.1.2 en 4.1.3 van de Awb), mits de betrokken partijen verplicht alle gegevens overleggen waaruit blijkt dat er sprake is van zeggenschap over de nieuw te vormen inrichting. Dit voorkomt dat een overname onnodige vertraging oploopt.

Ten tweede zou de zinsnede “tot eenzelfde onderneming (...) behorende installaties” van de definitie van de inrichting, in geval van wijziging, verlening of intrekking van een bestaande Wm-vergunning naar aanleiding van een bedrijfsovername een grotere rol van betekenis kunnen gaan spelen. Het bevoegd gezag zal in het algemeen immers de door partijen gevraagde wijziging van de milieuvergunning volgen, aangezien de gewijzigde civielrechtelijke zeggenschapsverhoudingen ook de zeggenschapsverhoudingen over de oorspronkelijke inrichting doen wijzigen.

---

<sup>162</sup> Art. 5:102 BW.

Het voormelde heeft geen betrekking op de situatie waarin wordt gehandhaafd. Voor de handhavingssituatie staat ingevolge de jurisprudentie van de ABRvS met name het feitelijk en juridisch in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen centraal. De achterliggende gedachte is dat het bevoegd gezag in geval van handhaving een zo breed mogelijke groep (rechts)personen verantwoordelijk moet kunnen houden voor het beëindigen van de overtreding. Daarbij past het niet dat door middel van civielrechtelijke constructies bepaalde (rechts)personen die het wél feitelijk en juridisch in hun macht hebben om de overtreding te beëindigen, niet meer kunnen worden aangesproken door het bevoegd gezag. Zie over het overtrederschap en de last onder dwangsom verder hoofdstuk 8.

### *Contractuele bepalingen*

Conclusie ten aanzien van het begrip drijverschap is dat partijen tevens een huur- of vruchtgebruikovereenkomst, opstalrecht of (erf)pachtrecht en de daarbij horende erfpachtvoorwaarden zodanig kunnen inkleden, dat ook de verhuurder, hoofdgerechtigde (bloot eigenaar) of (erf)verpachter als drijver van de desbetreffende inrichting is aan te duiden. Opmerking verdient daarbij wel dat ook andere omstandigheden, zoals de technische of functionele bindingen tussen de installaties en de omstandigheid dat de contractuele bepalingen in de praktijk niet worden nageleefd door de contractspartijen, altijd een factor van betekenis zullen blijven spelen bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van één of juist meerdere inrichtingen in de zin van de Wm, en wie drijver is van die inrichting. Het bijzondere is dat deze contractuele bepalingen niet alleen tussen de contracterende partijen gelding hebben, maar dat ook de bestuursrechter en het bevoegd gezag vaak deze contractuele bepalingen betreft bij de afweging wie als drijver van de inrichting is te beschouwen, en bij de afweging of er al dan niet sprake is van één inrichting in de zin van de Wm. In het verlengde hiervan is in dit hoofdstuk betoogd dat hetzelfde kan gelden voor contractuele bepalingen die partijen bij een bedrijfsovername gedurende de overgangsperiode contractueel zijn overeengekomen. De bestuursrechter zou bijvoorbeeld kunnen oordelen dat een verkoper van een onderneming nog op zulk een wijze bij de verkochte onderneming is betrokken, dat zowel de koper als de verkoper valt aan te merken als drijver van de inrichting. Tevens is het mogelijk dat, indien het verkochte of juridisch (af)gesplitste gedeelte van de onderneming nabij het niet verkochte of na de (af)splitsing achtergebleven gedeelte van de onderneming is gelegen, de desbetreffende installaties gedurende de overgangsperiode nog één inrichting in de zin van de Wm vormen.

Rechtspersoonrechtelijke aspecten waaruit zeggenschapsverhoudingen voortvloeien, zoals de omstandigheid dat bepaalde activiteiten worden verricht via een BV of NV, zijn een belangrijke indicatie voor de bestuursrechter om de rechtspersoon aan te duiden als drijver van de inrichting. Het vergunningverlenende bevoegd gezag en de bestuursrechter zullen de rechtspersoonlijke verhoudingen vaak als uitgangspunt nemen ter beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is van één inrichting in de zin van de Wm gedreven door één drijver.



## 3 Bodemverontreiniging en bedrijfs- overnames in Nederland

### 3.1 Inleiding

#### *Onderwerp van onderzoek*

Een belangrijk aandachtspunt ten tijde van een bedrijfsovername is vaak de overdracht<sup>1</sup> van een (potentieel) verontreinigd bedrijfsterrein waarop het over te nemen bedrijf (vaak een inrichting in de zin van de Wm vormend)<sup>2</sup> is gevestigd. Het Nederlandse bodembeschermingsrecht, en dan met name de verantwoordelijkstelling of aansprakelijkstelling<sup>3</sup> voor bodemverontreiniging, roept in verband met de overdracht van bedrijfsterreinen een aantal lastige vragen op. In dit hoofdstuk wordt op de volgende onderwerpen ingegaan:

- De (nieuwe) uit de Wbb voortvloeiende (wettelijke) saneringsplicht voor de bedrijfsmatige (in de zin van artikel 55a Wbb) eigenaar en erfpachter, niet-veroorzaker, zoals vastgelegd in artikel 55b Wbb, en de juridische consequenties van deze nieuwe wetgeving in het kader van bedrijfsovernames.
- De specifieke disclupatiegronden voor niet-veroorzakende eigenaren en erfpachters wat betreft de mogelijkheid van het bevoegd gezag tot het kunnen opleggen van een (water)bodemsaneringsbevel ex artikel 63k Wbb en artikel 46 Wbb en het Besluit financiële bepalingen bodemsanering (betreffende de subsidieverlening) die onder meer betrekking hebben op de overdracht van grond, en daardoor indirect soms ook op situaties waarin sprake is van een bedrijfsovername.
- Kostenverhaal door de bodemsanerende overheid op grond van een onrechtmatige daadsactie of een ongerechtvaardigde verrijkingsactie ex artikel 75 Wbb (jo. 6:162 BW en 6:212 BW).
- Enige recente ontwikkelingen met betrekking tot het bodembeschermingsrecht op Europees niveau (o.a. het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem).

---

<sup>1</sup> Zie voor de definitie van het begrip overdracht de art. 3:83 e.v. BW.

<sup>2</sup> Zie over het begrip ‘inrichting’ hoofdstuk 2.

<sup>3</sup> Hier wordt zowel gesproken van aansprakelijkstelling als verantwoordelijkstelling. De term aansprakelijkstelling heeft zoals in hoofdstuk 1 al opgemerkt in dit verband betrekking op verhaalsacties tussen civiele partijen en verhaalsacties van het sanerende bevoegd gezag op grond van bijvoorbeeld de onrechtmatige daad (art. 75 Wbb en art. 6:162 BW). Met verantwoordelijkstelling of verantwoordelijk houden wordt hier bedoeld op het bestuursrechtelijke instrumentarium.

*Indeling van dit hoofdstuk*

In par. 3.2 zal eerst een korte historische schets van de totstandkoming van de huidige bodemsaneringsregeling in de Wet bodembescherming worden gegeven. Aan de totstandkoming van de huidige bodemsaneringsregeling is immers een lange en gecompliceerde wetsgeschiedenis voorafgegaan. In par. 3.3 staat vervolgens de in 2006 ingevoerde wettelijke bodemsaneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van verontreinigde grond (art. 55b Wbb), en de consequenties van deze saneringsplicht voor de overnamepraktijk in Nederland, centraal.

In par. 3.4 wordt ingegaan op de onrechtmatige daadsactie en de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 Wbb jo. de art. 6:162 BW en 6:212 BW. Op grond van artikel 75 Wbb kan het bodemsanerende bevoegd gezag trachten de door hem gemaakte bodemonderzoeks- en saneringskosten te verhalen op de veroorzaker van de bodemverontreiniging (via de onrechtmatige daadsactie), dan wel op de door de desbetreffende onderzoeks- en saneringswerkzaamheden ongerechtvaardigd verrijkte (niet-veroorzaker). In par. 3.4 wordt een uitstapje gemaakt naar een meer algemene rechtsvraag: is het instellen van een ongerechtvaardigde verrijksactie vanwege een door de Nederlandse Staat/bevoegd gezag uitgevoerde bodemsanering subsidiair (achtergesteld) te noemen ten opzichte van een onrechtmatige daadsactie tegen de veroorzaker van de bodemverontreiniging? Tevens wordt geanalyseerd in hoeverre de grondslagen van de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb afwijken van de grondslagen van het ‘algemene’ privaatrechtelijke ongerechtvaardigde verrijksart. 6:212 BW.

In par. 3.5 worden enige nieuwe ontwikkelingen op Europees niveau met betrekking tot bodemverontreiniging en verantwoordelijkstelling daarvoor geanalyseerd en bediscussieerd, waaronder de door de Europese Commissie in september 2006 voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem.<sup>4</sup> Dit voorstel bevat een beperkte zogenaamde ‘environmental transfer trigger’, dat wil in dit geval zeggen een wettelijke verplichting tot het uitvoeren van een bodemonderzoek op het moment van verkoop (‘sale’) van de grond. Het voorstel van de Europese Commissie wordt (voorlopig) overigens niet ingevoerd. Dit systeem van environmental transfer trigger – waarbij een bepaalde milieurechtelijke verplichting wordt gekoppeld aan het moment van overdracht van de grond – zal in het kader van het in de Verenigde Staten uitgevoerde onderzoek in de hoofdstukken 4 en 5 nog uitgebreid ter sprake komen. Dit geldt ook voor een andere nieuwigheid in de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem: de mogelijkheid tot invoering van zogenaamde gecertificeerde milieudeskundigen (licensed environmental professional), onder wier toezicht het verplichte bodemonderzoek wordt uitgevoerd. Par. 3.6 sluit dit hoofdstuk af met enkele conclusies en suggesties voor de (rechts)praktijk.

---

4 *Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006), 232 final.

### 3.2 De geschiedenis van de totstandkoming van de bodemsaneringsregeling in de Wbb in vogelvlucht

#### *Bodemsanering en verantwoordelijkstelling met betrekking tot bodemverontreiniging in Nederland tot 1980*

Tot in de jaren '70 van de twintigste eeuw werd bodemverontreiniging in Nederland niet als een groot maatschappelijk probleem gezien. Er werd van uit gegaan dat de bodem een groot zelfreinigend vermogen had. Dat wil zeggen, dat er van uitgegaan werd dat de afvalstoffen in de bodem op termijn op een natuurlijke wijze in, en door, de bodem zouden worden afgebroken. Tevens was men tot in de jaren '60 en '70 van de twintigste eeuw in het algemeen minder alert ten aanzien van mogelijke gevaren voor de volksgezondheid voortvloeiende uit milieuverontreiniging in vergelijking met heden ten dage. Denk bijvoorbeeld aan de onverschilligheid ten aanzien van de aanwezigheid van asbest in woningen in die tijd, en de mogelijk zeer negatieve gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid. Dit kwam uiteraard mede vanwege de onbekendheid ten aanzien van de gevaren die bepaalde stoffen voor de menselijke gezondheid kunnen hebben. De voortgang van de wetenschap en de techniek heeft de kennis op dat vlak steeds verder doen toenemen, en steeds vaker de potentiële gevaren voor de menselijke gezondheid bloot gelegd. Dit element van kennis speelt ook een belangrijke rol van betekenis in het kader van de mogelijkheden tot verantwoordelijkstelling/aansprakelijkstelling voor bodemverontreiniging veroorzaakt in een (ver) verleden.

Dat betekent overigens niet dat er vóór de jaren '80 van de twintigste eeuw in het geheel geen aandacht was voor het probleem van bodem- en milieuverontreiniging.<sup>5</sup> Ook in vroeger tijden kon vervuiling van de omgeving en het milieu tot onwenselijke situaties leiden, met name vanaf de periode waarin de eerste steden in Nederland en Vlaanderen ontstonden en zich verder gingen ontwikkelen. Uit het beperkte historische onderzoek dat tot op heden naar dit onderwerp is gedaan blijkt dat al vanaf, in elk geval, de vijftiende eeuw plaatselijke verordeningen toepasselijk waren die betrekking hadden op de vervuiling van de omgeving. Deze plaatselijke verordeningen bevatten verbodsbepalingen met betrekking tot vervuiling binnen de stadsgrenzen (stadswallen en andere openbare plaatsen), maar ook van rivieren, kanalen en havens.<sup>6</sup> De verordeningen hadden vooral betrekking op hinder die vervuiling, stank of rook veroorzaakten ten opzichte van derden, en ten behoeve van het bevorderen van de hygiëne binnen de stadsmuren.<sup>7</sup> Gezien de toe-

5 Navolgende beschrijving is gedeeltelijk ontleend uit: H.G. von Meijenfeldt, *De wettelijke regeling van de bodemsanering*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1994, p. 31-37.

6 M.P.C. van der Heijden, 'Een zaak van milieuvervuiling in 1550', *TMA* 1994/3, p. 67 en p. 68. Zie ook het themanummer van *Spiegel Historiael* (maandblad voor geschiedenis en archeologie), jrg. 28, juni 1993 (1993/6).

7 J. Nieuwkoop, 'Bodemverontreiniging op voormalige bedrijfsterreinen', *Spiegel Historiael* 1993/6, p. 236-240. P. Poulussen, 'Alles heeft een prijs, Het stedelijk leefmilieu in de Zuidelijke Nederlanden (1500-1800)', *Spiegel Historiael* 1993/6, p. 224-228, geeft een paar aardige voorbeelden uit een ver verleden. Zo waren er reeds in de zeventiende eeuw lokale regelingen in de Vlaamse steden Brussel en Mechelen toepasselijk, die bepaalden dat bierbrouwers 's ochtends schoon water konden putten, en 's middags andere nijverheden hun afvalwater →



nemende urbanisatie in de daarop volgende eeuwen bleven dergelijke plaatselijke verordeningen, vaak in aangepaste vorm, toepasselijk gedurende de zeventiende en achttiende eeuw. Na een aarzelend begin in de negentiende en begin twintigste eeuw,<sup>8</sup> is de centrale overheid zich pas vanaf de jaren '50 en '60 van de twintigste eeuw echt bezig gaan houden met milieubescherming en het verwijderen en voorkomen van milieuverontreiniging.

Ook op een andere wijze speelt het (verre) verleden overigens soms een rol bij hedendaagse problematiek ten aanzien van milieuverontreiniging, en dan vooral in geval van bodemverontreiniging. Soms blijkt immers dat verontreiniging van de bodem binnen oude stadsgrenzen van oude oorsprong is, bijvoorbeeld veroorzaakt door voormalige gasfabrieken of ambachtsbedrijven. Dat deze bodemverontreiniging de huidige eigenaren, erfpachters en gebruikers kan hinderen, zal geen verbazing wekken. Bijkomend nadeel is dat er dan meestal geen verhaal van bodemsaneringskosten meer mogelijk is op de oorspronkelijke veroorzaker(s) van de vervuiling.

Aan het probleem bodemverontreiniging werd echter niet specifiek aandacht besteed. Het kwam zijdelings aan bod in het kader van andere wetgeving. De eerste wet die aandacht besteedde aan bescherming van de bodem was de Wet van 1 juni 1865 tot oprichting van de Staatstoezicht op de Volksgezondheid.<sup>9</sup> Dit toezicht was gericht op de hygiëne van bodem, water en lucht. De overheid bemoeide zich met de opruiming van bodemverontreiniging ontstaan door miltvuur, andere bacteriologische verontreiniging en verontreiniging door petroleum en minerale oliën. In 1872 kwam de Wet tot voorziening van besmettelijke ziekten tot stand<sup>10</sup> waarin ook een saneringsregeling werd opgenomen, vooral met betrekking tot het verschijnen of dreigen van besmettelijke ziekten. Deze wet voorzag in verwijdering van mest en ander afval, en het reinigen van onder andere goten en sloten. In 1872 werd tevens een wetsontwerp gepresenteerd dat mede betrekking had op de toen al snel voortschrijdende bodemverontreiniging. Dit wetsontwerp ontsteege uiteindelijk haar status van 'ontwerp' niet, aangezien het onderwerp nog niet op voldoende maatschappelijk draagvlak en interesse kon rekenen. In de jaren '20

---

konden lozen. Uit een andere regeling blijkt dat in 1750 in de stad Brugge rook uit een ceramiekfabriek aan het Brugse Minnewater de buurt en de nabijgelegen blekerijen niet mocht hinderen. Ook zwarte uitwasemingen van jeneverstokerijen en steenbakkerijen mochten de ateliers van wevers, blekers of steenhouwers niet binnendringen. Veel Vlaamse steden kenden in deze eeuwen al vestigingsvoorschriften, productietijd beperkingen, afvalvoorschriften en andere afspraken.

8 Dat de maatschappelijke belangstelling voor milieuverontreiniging en haar schadelijke gevolgen voor omwonenden toenam in de 19<sup>e</sup> eeuw, is ook een logisch gevolg van de opkomst van de chemische industrie in Nederland gedurende die periode. Een aardig voorbeeld geeft E. Homburg, 'De eerste acties tegen chemische fabrieken omstreeks 1850', *Spiegel Historiael* 1993/6, p. 263-268: in 1856 werd in Goes een zwavelzuurfabriek stilgelegd omdat de fabriek het water ernstig verontreinigde en ook op andere wijzen omwonende vanwege haar schadelijke uitstoot hinderde (omliggende huizen werden aangetast door de emissies van de fabriek en omwonenden werden ziek). De lozingsvergunning werd ingetrokken en het met zwavelzuur vervuilde water moest in het vervolg met schuiten worden weggevoerd en gestort buiten 'het Sas'.

9 *Stb.* 1865, 58.

10 *Stb.* 1872, 134.

van de twintigste eeuw werd er wél een bodembeschermingsbepaling in de Hinderwet opgenomen. De Hinderwet is later opgegaan in de Wet milieubeheer. In 1962 werd vervolgens de zelfstandige milieu-inspectie opgericht. Tot 1980 waren er nog enige wetgevingsinitiatieven op het gebied van bodemverontreiniging, maar tot nieuwe wetgeving op dit gebied kwam het nog niet. Vermeldenswaardig is het ‘Europees Handvest voor de Bodem’ van de Raad van Europa uit 1973. In dit Handvest werd onder meer gepleit voor (nationale) wetgeving ter bescherming van de bodem tegen natuurlijke of door de mens teweeggebrachte rampen, en tot herstel van de gevolgen daarvan.<sup>11</sup> Pas in 2006 is er op Europees niveau, via een voorstel van de Europese Commissie voor een Kaderrichtlijn Bodem, een eerste stap naar de formulering van een Europees bodembeleid gezet. Zie daarover par. 3.5.

*Bodemsanering en verantwoordelijkstelling met betrekking tot bodemverontreiniging in Nederland gedurende de jaren ná 1980*

Pas ná april 1980, nadat bewoners van een woonwijk in de gemeente Lekkerkerk (Zuid-Holland) voor lange tijd moesten worden geëvacueerd vanwege de sanering van ernstige bodemverontreiniging, met als totale (sanerings)kosten 160 miljoen (toen nog) guldens, kwamen er grote veranderingen op wetgevingsgebied ten aanzien van de bescherming van de bodem en bodemsanering.<sup>12</sup> Niet lang daarna, eind 1982, kwam de Interim Wet Bodemsanering (IBS)<sup>13</sup> tot stand, met daarin onder andere een bepaling ten aanzien van verplichte bodemsanering (artikel 12 IBS),<sup>14</sup> en de mogelijkheid van kostenverhaal door de Nederlandse Staat indien de Staat zelf de bodemsanering had uitgevoerd (artikel 21 IBS).<sup>15</sup> Kort gezegd kon de Staat de door haar gemaakte kosten ten aanzien van bodemonderzoek en bodemsanering op grond van de IBS verhalen op de veroorzaker van de verontreiniging indien de bodemverontreiniging door de veroorzaker op onrechtmatig wijze was

11 Zie daarover H.G. von Meijenfeldt, *De wettelijke regeling van de bodemsanering*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1994, p. 33.

12 Een dergelijke gebeurtenis met bijbehorende grote belangstelling van de media die uiteindelijk tot nieuwe wetgeving leidde heeft ook in andere landen plaats gevonden. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld, kan worden gewezen op het zogenaamde Love Canal-schandaal nabij de Niagara Falls in 1978. Zie over deze gebeurtenis: <http://www.epa.gov/history/topics/lovecanal/index.htm>.

13 *Stb.* 1982, 763. De Interim Wet Bodemsanering is in werking getreden op 15 januari 1983.

14 Art. 12 lid 1 IBS luidde: “Onze Minister kan degene op wiens grondgebied zich de oorzaak bevindt van een verontreiniging van de bodem in een geval als aangewezen krachtens artikel 7, eerste lid, bevelen de daarbij aangegeven maatregelen te nemen om de oorzaak van die verontreiniging weg te nemen of de verontreiniging of de gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken.”

15 Art. 21 IBS luidde: “1. Onze Minister kan, indien in de kosten van de voorbereiding of de uitvoering van de sanering van een geval van bodemverontreiniging aan een provincie of gemeente een bijdrage overeenkomstig deze wet is verleend, de ten laste van het Rijk, de provincie en de gemeente komende kosten daarvan – behoudens matiging door de rechter – verhalen op degene door wiens onrechtmatige daad de verontreiniging van de bodem in het betrokken geval is veroorzaakt. 2. In een geval als bedoeld in het eerste lid kan Onze Minister de daar bedoelde kosten verhalen op de eigenaars of gebruikers van onroerende zaken, gelegen binnen het grondgebied waarop zich in het betrokken geval de oorzaak van de verontreiniging bevindt, dan wel de verontreiniging of de gevolgen daarvan zich voordoen, of gerechtigden tot beperkte rechten waaraan zodanige zaken zijn onderworpen, voor zover zij door de sanering van dat grondgebied ongerechtvaardigd zijn verrijkt.”

veroorzaakt, of op diegene die door de bodemsanering ongerechtvaardigd was verrijkt.

Vervolgens is er per 1 januari 1987 een zorgplicht ten aanzien van de bodem in de Wet bodembescherming, de opvolger van de IBS, opgenomen (thans art. 13 Wbb). De invoering van dit wetsartikel brengt een scheiding aan tussen verantwoordelijkheidstelling ten aanzien van bodemverontreiniging ontstaan vóór en ná die datum. Ná 1 januari 1987 rust er op grond van art. 13 Wbb een preventie- en saneringsplicht op de veroorzaker van die verontreiniging.<sup>16</sup> Veroorzaking van bodemverontreiniging ná 1 januari 1987 wordt immers beschouwd als een overtreding van de art. 6 – 13 Wbb en van de op grond van deze wetsartikelen uitgevaardigde Algemene maatregelen van Bestuur.<sup>17</sup> Bodemverontreiniging ontstaan ná 1 januari 1987 moet derhalve in beginsel door de veroorzaker worden gesaneerd overeenkomstig het bepaalde in de art. 13 – 35 Wbb.<sup>18</sup> Deze saneringsplicht van de veroorzaker vloeit rechtstreeks voort uit de wet. Met betrekking tot bodemverontreiniging ontstaan vóór deze datum gelden deze wetsartikelen niet. Dit zijn de historische probleemgevallen waarover de afgelopen 25 jaar zoveel te doen is geweest in Nederland.<sup>19</sup>

De IBS, met de daarin opgenomen de verhaalsmogelijkheden van de Staat, bleek namelijk binnen enkele jaren ná haar invoering belangrijke juridische knelpunten met zich mee te brengen. Het belangrijkste juridische knelpunt, waarover tot aan de Hoge Raad werd geprocedeerd, was de vraag vanaf welk moment bodemverontreiniging juridisch als onrechtmatig ten opzichte van de op een later moment sanerende Staat is te kwalificeren. Dit probleem had derhalve betrekking op het zogenaamde relativiteitsvereiste, welk vereiste betrekking heeft op de vraag vanaf welk moment een veroorzaker van bodemverontreiniging zich kon, of had moeten, realiseren dat veroorzaking van bodemverontreiniging als ‘onrechtmatig’

16 Vergelijk G.A. van der Veen, ‘De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid in verhouding tot de Wet milieubeheer en de Wet bodembescherming’, *TMA* 2005/4, p. 144, P. Klik, ‘Het eerste saneringsbevel’, *TMA* 1998/4, p. 104 en H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming. Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.3, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 13 Wbb, p. 15.

17 Een ander op preventie gericht wetsartikel in dit verband is art. 10.1 Wm, ingevoerd per mei 2002, dat ziet op handelingen met betrekking tot afvalstoffen. Ook in vergunningen worden soms bepalingen opgenomen die betrekking hebben op het voorkomen van bodemverontreiniging. Zie: ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 9. Zie voor een uitgebreide beschrijving van allerlei wetgeving die betrekking kan hebben op bescherming van de bodem: R. Uylenburg, V.M.Y. van 't Lam en J. de Boer, *Bodembescherming via ruimtelijke ordening-, milieu- en waterspoor*, een advies geschreven in opdracht van het ministerie van VROM, STEM publicatie 2006/3, d.d. 1 juni 2007. Tevens ziet de implementatiewetgeving naar aanleiding van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid (titel 17.2 Wm) mede op sanering van bodemverontreiniging veroorzaakt na 30 april 2007 (zie par. 3.5.2 hierna).

18 Zie ook H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming. Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 Wbb, p. 44.

19 Of er een verjaringstermijn geldt betreffende de algemene zorgplicht voortvloeiende uit artikel 13 Wbb, is onduidelijk. Volgens *Van der Veen* zijn er voorsnogen geen aanwijzingen dat een analogie met privaatrechtelijke verjaringstermijnen overwogen moet worden, zie G.A. van der Veen, ‘De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid in verhouding tot de Wet milieubeheer en de Wet bodembescherming’, *TMA* 2005/4, p. 144. Wellicht dat de rechter zich in de toekomst nog over deze vraag zal buigen.

jegens de sanerende Nederlandse Staat was te beschouwen.<sup>20</sup> De Hoge Raad bepaalde in 1990 in zijn arrest Staat/Van Amersfoort<sup>21</sup> dat er alleen een verhaalsrecht van de sanerende Staat bestaat, indien de Staat zich het saneringsbelang van de bodem ten tijde van de veroorzaking van de verontreiniging feitelijk als haar taak aantrok, dan wel het voor de veroorzaker voldoende duidelijk was, of behoorde te zijn, dat de Staat zich dat belang in de toekomst zou gaan aantrekken. Met andere woorden, als de bodemverontreiniging is veroorzaakt op een moment dat daarvoor vanuit de Nederlandse overheid nog geen aandacht was, en de desbetreffende vervuilende handelingen op dat moment nog niet (wettelijk) waren verboden, kan de veroorzaker dús niet onrechtmatig hebben gehandeld ten opzichte van de op een later moment sanerende overheid.

Bij deze uitspraak bleef het niet. Al snel volgden in april 1992 twee uitspraken van de Hoge Raad waarin hij het relativiteitsvereiste in dit kader verder uitwerkte.<sup>22</sup> Het moment waarop het voor ondernemingen in Nederland duidelijk had moeten, of had behoren, te zijn dat de zorg van de Nederlandse overheid niet beperkt zou blijven tot alleen het invoeren van strengere regelgeving met betrekking tot bodembescherming, maar dat de overheid ook daadwerkelijk tot actie zou overgaan en daardoor (sanerings)kosten zou gaan maken, werd door de Hoge Raad vastgesteld op 1 januari 1975. Deze zogenaamde ‘1 januari 1975-regel’ werd vervolgens door de Hoge Raad toegepast in een viertal arresten gewezen op 30 september 1994.<sup>23</sup> Deze door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel heeft, zoals hierna zal blijken, grote invloed gehad op de daarna tot stand gekomen wetgeving met betrekking tot aansprakelijkstelling en verantwoordelijkstelling voor bodemverontreiniging in Nederland.

Uiteindelijk heeft de wetgever, mede in reactie op, en met inachtneming van, voormelde rechtspraak van de Hoge Raad, per 1 januari 1995 de verhaalsmogelijkheden van de Staat wat betreft saneringskosten vastgelegd in art. 75 Wbb. Daarnaast is er, eveneens vanaf 1 januari 1995, een nieuwe saneringsplicht in het leven geroepen. Eerst via de mogelijkheid tot het opleggen van een zogenaamd saneringsbevel (zie de art. 43, 46 en 63k Wbb), thans aangevuld via de kwalitatieve

---

20 Het relativiteitsvereiste is vastgelegd in art. 6:163 BW, luidende: “Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden”. Dit beginsel vereist derhalve objectieveerbare kennis bij de veroorzaker van bodemverontreiniging van de omstandigheid dat een bepaalde, op dat moment geldende, rechtsnorm wordt overschreden.

21 HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462, m.nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort).

22 HR 24 april 1992 (Staat/Van Wijngaarden), *NJ* 1993, 643 en HR 24 april 1992 (Staat/Akzo Resins), *NJ* 1993, 644, m.nt. CJHB.

23 HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, m.nt. CJHB (Staat/Shell). De Hoge Raad bevestigde de arresten van 9 februari 1990 (Staat/Van Amersfoort) en 24 april 1992 (Van Wijngaarde/Staat en Staat/Akzo Resins). Voorts bepaalde de Hoge Raad dat de datum van 1 januari 1975 ook geldt voor het (doen) storten van afvalstoffen elders (zie r.o. 3.6 van HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, m.nt. CJHB). Zie ook de andere op 30 september 1994 gewezen arresten van de Hoge Raad, gepubliceerd in *NJ* 1996, 197, m.nt. CJHB (Staat/Duphar), *NJ* 1996, 198, m.nt. CJHB (Staat/Fasson & Van den Brink) en *NJ* 1996, 199, m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat). Deze vier arresten van de Hoge Raad van 30 september 1994 worden tezamen ook wel aangeduid als de ‘30 september-arresten’.

verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter (art. 55a Wbb en art. 55b Wbb). Deze kwalitatieve verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter is een nieuwe stap van de wetgever, volgende op de mogelijkheid van het opleggen van een saneringsbevel en de wettelijke mogelijkheden tot kostenverhaal door de Staat/het bevoegd gezag ná uitgevoerde bodemsanering. Saneringsbevelen bleken immers in de praktijk nauwelijks te worden opgelegd door het bevoegd gezag.<sup>24</sup> Dat betekent overigens niet dat dit instrument dus heeft gefaald. Er kan immers wel degelijk een afschrikwekkende werking van dit instrument zijn uitgegaan. Daarnaast bleek er sprake te zijn van een lager aantal daadwerkelijk (vrijwillig) uitgevoerde saneringen van bedrijfsterreinen in Nederland dan ten tijde van de invoering van de Wet bodembescherming werd verwacht.<sup>25</sup> Voorts bleek het kostenverhaal na sanering uitgevoerd door de Staat via gerechtelijke procedures, op grond van de art. 75 Wbb jo. 6:212 BW en 6:162 BW, erg moeilijk te zijn.

Omdat de Nederlandse wetgever de afgelopen 25 jaar de wetgeving op dit punt zo vaak heeft gewijzigd,<sup>26</sup> ontstond er in de loop der jaren rechtsonzekerheid ten aanzien van de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling of verantwoordelijkstelling voor in het (verre) verleden veroorzaakte bodemverontreiniging. Deze (rechts)onzekerheid is vanwege de invoering van art. 55b Wbb inmiddels afgenomen, zodat bedrijfsmatige grondeigenaren en erfpachters van bedrijfsterreinen (art. 55a Wbb) nu beter rekening kunnen houden met de mogelijke verantwoorde-

24 Zie E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivatrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, p. 99.

25 Zie daarover onder andere A.C. Havinga-Smilde, 'De effecten van de gewijzigde Wet bodembescherming op de sanering van bedrijfsterreinen. Bodemsanering bedrijfsterreinen in de versnelling?', *Bodem* 2006/2, p. 46-47. Op p. 46 merkt zij op: "Er zit weinig schot in de bodemsanering van bedrijfsterreinen. De 'BSB-operatie', gericht op het vrijwillig saneren van bedrijfsterreinen, heeft veel onderzoek in gang gezet maar te weinig saneringen opgeleverd. (...) Het daadwerkelijk in gang zetten van een sanering, dus de overgang naar de fase waarin het bevoegd gezag de onderzoeksgegevens krijgt en verplichtingen kan opleggen, wordt bij voorkeur zo lang mogelijk uitgesteld. Bedrijven wachten tot er een aanleiding is om iets te gaan doen met de verontreinigde bodem. Nadeel hiervan is dat de overheid te weinig gegevens krijgt over verontreinigde bedrijfsterreinen en ook niet effectief kan optreden wanneer dit echt nodig is. Al met al heeft de vrijwillige 'BSB-operatie' slechts een matig resultaat opgeleverd. In de beleidsvernieuwing bodemsanering is daarom gezocht naar nieuwe mogelijkheden om de saneringsoperatie van bedrijfsterreinen sneller te laten verlopen." Zie ook *De saneringsregeling wet bodembescherming: een nieuw perspectief*, januari 1998, p. 9-10, te raadplegen via [www.vrom.nl](http://www.vrom.nl). Op p. 9 van dit document wordt opgemerkt: "Met het huidige tempo van saneren, blijven nu bekende gevallen van ernstige verontreiniging tot ver in de volgende eeuw liggen. Dat is niet wenselijk. De in het kabinetsstandpunt gepresenteerde koerswijziging beoogt hier verandering in aan te brengen." Zie tevens *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 5-6: "Op grond van het huidige saneringshoofdstuk kunnen veroorzakers en eigenaren worden verplicht tot bodemsanering (het bevel op grond van artikel 43), dan wel worden aangesproken op betalen van de kosten wanneer de overheid heeft gesaneerd en sprake is van een onrechtmatige daad. Deze juridische instrumenten hebben een remmend effect gehad op de uitvoering van de bodemsanering, omdat voor de toepassing ervan vaak een complexe juridische inspanning nodig was. Dit vormde een belasting voor de uitvoerende overheden, en voor bedrijven was het vaak onduidelijk hoe ver hun aansprakelijkheid ging. Er ontstonden vragen omtrent mogelijkheden van medefinanciering, waar verschillend mee werd omgegaan." Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, 'Interdepartementaal beleidsonderzoek: bodemsanering'.

26 Hoezeer de wetgever zich met dit probleem heeft bezig gehouden blijkt ook uit de discussie met betrekking tot de Beleidsvernieuwing bodemsanering (BEVER), zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 28 199, nrs. 1 e.v..

lijkstelling voor bodemverontreiniging. Via de kwalitatieve verantwoordelijkstelling van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van verontreinigde grond heeft de Nederlandse wetgever duidelijkheid geschapen. De wetgever probeert op deze manier tot een meer efficiënte aanpak van bodemverontreiniging en bodemsanering, in de zin dat er meer bodemonderzoeken en bodemsaneringen worden uitgevoerd, in Nederland te komen. Deze aanpak heeft belangrijke juridische consequenties voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van verontreinigde grond in Nederland.<sup>27</sup>

### 3.3 De verantwoordelijkheid voor bodemsanering voortvloeiende uit de Wbb

#### 3.3.1 Inleiding

Bodemverontreiniging kan door de huidige eigenaar of erfpachter van de grond zélf, dan wel door hun rechtsvoorgangers of door derden zijn veroorzaakt. Juist vanwege de vaak lange termijn waarna bodemverontreiniging zich openbaart, is de bodemverontreiniging niet zelden (mede) door de vorige eigenaren, erfpachters of andere gebruikers van het desbetreffende bedrijfsterrein veroorzaakt. Indien er sprake is van ernstige bodemverontreiniging,<sup>28</sup> bestaat de kans dat er moet worden overgegaan tot bodemsanering.<sup>29</sup> Het uitvoeren van een bodemsanering kan kostbaar zijn. Ook de verwerking van de verwijderde vervuilde grond is vaak duur. De wettelijke eis van volledige sanering van bedrijfsterreinen is tegenwoordig overigens afgezwakt tot functiegerichte bodemsanering, in plaats van multifunctionele bodemsanering. Dat wil zeggen dat een bedrijfsterrein niet volledig hoeft te worden gesaneerd, maar slechts op een wijze waarbij het desbetreffende bedrijfsterrein geschikt wordt gemaakt voor de functie die het ná de sanering krijgt, en het risico voor mens, plant of dier als gevolg van blootstelling aan de bodemverontreiniging zoveel mogelijk wordt beperkt.<sup>30</sup>

Verantwoordelijkheid voor sanering van bodemverontreiniging kan onder de huidige Nederlandse wetgeving potentieel komen te rusten op een aantal betrokkenen.<sup>31</sup> Te noemen zijn: de eigenaar of erfpachter van de grond, en uiteraard de ver-

27 Van belang is tevens dat de afgelopen jaren de beschikbaarheid ten aanzien van informatie over de bodemgesteldheid in Nederland sterk is toegenomen, zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 40.

28 Zie art. 1 Wbb: "(...) geval van ernstige verontreiniging: geval van verontreiniging waarbij de bodem zodanig is of dreigt te worden verontreinigd, dat de functionele eigenschappen die de bodem voor mens, plant of dier heeft, ernstig zijn of dreigen te worden verminderd."

29 Zie art. 37 Wbb lid 1.

30 Zie art. 38 lid 1 Wbb.

31 Overigens komen er ook vaak in individuele Wm-vergunningen bepalingen (verplichtingen) terug die betrekking hebben op bodemonderzoek en bodemsanering. En ten aanzien van niet Wm-vergunningplichtige inrichtingen bepaalt art. 2.11 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer het volgende: "1. Indien in de inrichting een bodembedreigende activiteit wordt verricht, wordt uiterlijk binnen drie maanden na →

oorzaker van de verontreiniging. De tendens is dat de last van grondsanering primair wordt gelegd op de bedrijfsmatige – dat wil zeggen, diegene die een onderneming drijft in de zin van art. 55a Wbb – eigenaar of erfpachter van een bedrijfsterrein. De achterliggende gedachte van deze kwalitatieve verantwoordelijkstelling, is dat de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter als directe belanghebbende van de grond is gebaat bij de grondsanering.<sup>32</sup> Na de uitgevoerde sanering kan hij vervolgens zelf verhaal zoeken op de veroorzaker van de verontreiniging. Gezien de moeilijkheden die het bevoegd gezag met betrekking tot verhaalsacties op veroorzakers in het verleden heeft gekend, zijn de verhaalsmogelijkheden van de sanerende eigenaar of erfpachter (niet-veroorzaker) op de veroorzaker van historische bodemverontreiniging vaak niet erg groot.<sup>33</sup> De veroorzaker is niet meer te achterhalen, het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW staat verhaal op de veroorzaker van historische bodemverontreiniging vaak in de weg, en het is niet altijd duidelijk wie welke bodemverontreiniging in de loop de jaren heeft veroorzaakt. Daarnaast kan een huidige eigenaar of erfpachter zich soms via contractuele bepalingen verhalen op de rechtsvoorganger/veroorzaker. Op deze contractuele verhoudingen tussen contractspartijen wordt ingegaan in hoofdstuk 7.

---

oprichting van de inrichting, een rapport met de resultaten van een onderzoek naar de bodemkwaliteit toegevoerd aan het bevoegd gezag. (...) 3. Indien in de inrichting een bodembedreigende activiteit is verricht wordt uiterlijk binnen zes maanden na beëindiging van de inrichting of na beëindiging van het opslaan van vloeibare brandstof of afgewerkte olie in een ondergrondse opslagtank, een rapport met de resultaten van een onderzoek naar de bodemkwaliteit toegezonden aan het bevoegd gezag. (...) 4. De onderzoeken en rapporten, bedoeld in het eerste, tweede en derde lid, worden uitgevoerd onderscheidenlijk opgesteld door een persoon of een instelling die daartoe beschikt over een erkenning op grond van het Besluit bodemkwaliteit. 5. Indien uit het rapport, bedoeld in het derde lid, blijkt dat de bodem als gevolg van de activiteiten in de inrichting is aangetast of verontreinigd, draagt degene die de inrichting drijft er zorg voor dat binnen zes maanden na toezending van dat rapport aan het bevoegd gezag de bodemkwaliteit is hersteld tot: a. de situatie bij oprichting of verandering van de inrichting voor zover die situatie is vastgelegd in een rapport; b. de achtergrondwaarden als bedoeld in het Besluit bodemkwaliteit indien er geen rapport als bedoeld in onderdeel a beschikbaar is. 6. Het herstel van de bodemkwaliteit als bedoeld in het vijfde lid geschiedt door een persoon of een instelling die beschikt over een erkenning op grond van het Besluit bodemkwaliteit. (...) 8. De onderzoeken, bedoeld in het eerste tot en met derde lid, richten zich uitsluitend op de bodembedreigende stoffen die door de werkzaamheden ter plaatse een bedreiging voor de bodemkwaliteit vormen of vormden en op de plaatsen waar bodembedreigende activiteiten plaatsvinden, zullen plaatsvinden dan wel hebben plaatsgevonden.” Zie over de op grond van het Besluit bodemkwaliteit erkende persoon of instelling, die bodemonderzoek en bodemrapporten kunnen opstellen, par. 5.3.7.

32 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 13.

33 Zie evenzo M.W.L. Simons-Vinckx, ‘De positie van de opvolgende eigenaar’, *Bodem* 2005/5, p. 196-197.

### 3.3.2 *De bodemsaneringsplicht voor niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters: art. 55b Wbb*

#### 3.3.2.1 *Wat houdt de bodemsaneringplicht voor de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter op grond van art. 55b Wbb precies in?*

#### *Algemeen*

Met betrekking tot sanering van bodemverontreiniging ontstaan vóór 1 januari 1987 gold voorheen voor alle eigenaren en erfpachters van grond de saneringsbevelregeling vastgelegd in de art. 43 – 46 Wbb. Ten aanzien van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters,<sup>34</sup> al dan niet veroorzakers, geldt per 1 januari 2006 echter het art. 55b Wbb.<sup>35</sup> In dit artikel is een saneringsplicht voor de bedrijfsmatige – zie art. 55a Wbb –<sup>36</sup> eigenaar of erfpachter van de vervuilde grond opgenomen. Het betreft derhalve een uit de wet voortvloeiende plicht – verantwoordelijkheid – op grond van de kwaliteit van bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de desbetreffende grond.

#### *Categorieën bedrijven (art. 55a Wbb)*

Om welk soort bedrijven gaat het hier? Het betreft ten eerste alleen percelen grond met een kadastrale aanduiding in het kadastrale register.<sup>37</sup> Waarschijnlijk vallen de meeste bedrijfsterreinen in Nederland onder de aanduiding van perceel zoals bedoeld in art. 1, eerste lid, onderdeel c van de Kadasterwet. Voorts moeten er op het kadastrale perceel bedrijfsactiviteiten worden verricht door een onderneming, niet behorende tot de landbouwsector, in de zin van de Wet op de inkomstenbe-

34 Er is overigens gekozen voor een stelsel waarbij de saneringsplicht (art. 55b Wbb) of een saneringsbevel (art. 46 en art. 63k Wbb) ook aan de erfpachter kan worden opgelegd, aangezien de erfpachter via zijn zakelijk recht van erfpacht de directe beschikking heeft over de grond. Dit in verband met art. 5:96 BW, waarin is bepaald dat gewone en buitengewone lasten en herstellingen door de erfpachter, en niet de eigenaar, worden gedragen en verricht. Uiteraard kunnen de erfpachter en diegene die de grond in erfpacht uitgieft (de eigenaar) onderling overeen komen dat de saneringskosten uiteindelijk worden betaald door diegene die de grond in erfpacht uitgieft. Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 13. Zie over de contractuele aspecten van de erfpachtverhouding en de relatie tussen de erfpachter en diegene die de grond in erfpacht uitgieft, par. 7.5.1.

35 Zie over de invoering van dit wetsartikel: G.A. van der Veen, 'Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet bodembescherming: een wettelijke saneringsplicht voor bedrijven alsmede andere aanscherpingen', *Vastgoedrecht* 2004-4, p. 131-138.

36 Dit artikel luidt als volgt: "In deze paragraaf en de daarop berustende bepalingen wordt onder een bedrijfsterrein verstaan een perceel als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel c, van de Kadasterwet waarop bedrijfsactiviteiten worden verricht door een onderneming in de zin van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 of de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, niet behorend tot de landbouwsector, zoals opgenomen in de Communautaire richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector van 1 februari 2000 (*PbEG* C 28) dan wel overeenkomstig daarvoor in de plaats tredende regelgeving."

37 Art. 1, eerste lid, onderdeel c van de Kadasterwet bepaalt: "perceel: een deel van het Nederlands grondgebied van welk deel de Dienst de begrenzing met behulp van landmeetkundige gegevens heeft vastgelegd op grond van gegevens betreffende de rechtstoestand, bestemming en het gebruik en dat door zijn kadastrale aanduiding is gekenmerkt."



lasting 2001 of de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Het vereiste dat er bedrijfsactiviteiten moeten worden verricht betekent dat bijvoorbeeld voormalige bedrijfsterreinen, dus bedrijfsterreinen waarop nu geen bedrijfsactiviteiten meer worden verricht, niet onder de reikwijdte van art. 55b Wbb vallen. Braakliggende voormalige bedrijfsterreinen – in het Engels ook wel aangeduid als zogenaamde brownfields – vallen dus niet onder de wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb. Dát probleem wordt niet opgelost via deze nieuwe wettelijke regeling. Het fiscale begrip onderneming is trouwens ruim geformuleerd. Hieronder wordt in het fiscale recht verstaan een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid, met behulp waarvan door middel van deelname aan het economische verkeer wordt beoogd winst te behalen.<sup>38</sup> Continuïteit en winstoogmerk van de organisatie zijn dus de leidende uitgangspunten.

#### *Inhoud art. 55b Wbb*

Art. 55b lid 1 Wbb luidt als volgt:

“De eigenaar of indien op het bedrijfsterrein een recht van erfpacht rust, de erfpachter van een bedrijfsterrein waar een geval van ernstige bodemverontreiniging is ontstaan, is verplicht de bodem te saneren wanneer in een beschikking als bedoeld in artikel 37, eerste lid, is vastgesteld dat spoedige sanering noodzakelijk is. Met de sanering wordt begonnen uiterlijk voor het tijdstip dat is bepaald in de beschikking. De bedoelde eigenaar of erfpachter is verplicht tijdelijke beveiligingsmaatregelen te nemen als bedoeld in artikel 37, derde lid, of maatregelen als bedoeld in artikel 37, vierde lid, te nemen en van uitvoering van die maatregelen verslag te doen, voor zover dat is aangegeven in de beschikking, bedoeld in artikel 37, eerste lid.”

Deze wettelijke bepaling kan worden gezien als het sluitstuk van een lang voortraject wat betreft wetgeving ten aanzien van het probleem van historische bodemverontreiniging in Nederland zoals beschreven in par. 3.2. Met deze nieuwe wettelijke regel wordt, zoals gezegd, het uitgangspunt dat de vervuiler betaalt wat betreft bodemsanering gedeeltelijk verlaten in Nederland.

Wat was precies de achterliggende gedachte van de Nederlandse wetgever om deze nieuwe wettelijke kwalitatieve saneringsplicht voor bedrijfsmatige grondeigenaren en erfpachters in te voeren? Uit de Memorie van Toelichting bij deze wetswijziging blijkt ten eerste dat de wijziging in principe betrekking heeft op sanering van bodemverontreiniging die is ontstaan vóór 1 januari 1987.<sup>39</sup> Wat betreft bodemverontreiniging ontstaan ná 1 januari 1987 geldt immers de zorg-

38 Zie daarover bijvoorbeeld R.L.R. Hennuïn (red.), *Hoofdzaken belastingrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2005, p. 74-75 en L.W. Sillevius, F.H. Lugt en R.J. de Vries (red.), *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 96.

39 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 9.

plicht van art. 13 Wbb, op grond waarvan het bevoegd gezag ook kan handhaven. Art. 55b Wbb ziet dus op historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, veroorzaakt vóórdat de wettelijke zorgplicht ten opzichte van de bodem via art. 13 Wbb werd ingevoerd. Gebleken is dat verhaal op de veroorzaker van historische verontreiniging vaak erg moeilijk is: de veroorzaker is als rechtspersoon ontbonden, als natuurlijk persoon overleden of het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) staat kostenverhaal door de sanerende Staat op de veroorzaker in de weg. Mocht verhaal op de veroorzaker van bodemverontreiniging ontstaan ná 1 januari 1987 niet meer goed mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat de verontreiniging pas veel later wordt ontdekt en de veroorzaker niet meer is te achterhalen, dan is de nieuwe regeling van art. 55b Wbb wél toepasselijk.<sup>40</sup> Wat betreft nieuwe gevallen van bodemverontreiniging, dat wil zeggen ontstaan ná 1 januari 1987, wordt dus primair de veroorzaker aangesproken, en in uitzonderingsgevallen – indien de veroorzaker niet meer valt te achterhalen – secundair via art. 55b Wbb de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter van het bedrijfsterrein.<sup>41</sup> Dit is volgens de staatssecretaris van VROM ook de algemene strekking van ons systeem van verantwoordelijkheidstelling voor bodemverontreiniging. De staatssecretaris van VROM merkte tijdens de algemene beraadslagingen daarover het volgende op:

---

40 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 9: "Wanneer het in een concrete situatie niet mogelijk blijkt de hiervoor genoemde instrumenten te hanteren om maatregelen op te leggen tot herstel van de bodemkwaliteit, bijvoorbeeld omdat er pas veel later een verontreiniging wordt ontdekt en niet meer iemand is aan te spreken, staan de overheid alleen nog de instrumenten en bevoegdheden van het saneringshoofdstuk ter beschikking. In die situatie is dus het nieuwe beleid wel van toepassing." G.A. van der Veen, 'Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet bodembescherming: een wettelijke saneringsplicht voor bedrijven alsmede andere aanscherpingen', *Vastgoedrecht* 2004-4, merkt daarover op (p. 135-136): "Dat saneringsbevel kan overigens tevens worden gegeven aan de veroorzaker. Die mogelijkheid blijft wel bestaan, maar het lijkt niet zeer aannemelijk dat aan een veroorzaker nog vaak een saneringsbevel zal worden opgelegd en het bevoegd gezag de moeizame rechtsbeschermingsmogelijkheden van dien openstelt, wanneer een eigenaar of erfpachter eenvoudigweg via een verwijzing naar de wet op zijn saneringsplicht kan worden gewezen. De regering acht de saneringsplicht een effectiever middel dan het bevelsinstrument. De juridische toets die nodig is om de bevelsbeschikking te adresseren, is in de uitvoeringspraktijk een groot struikelblok gebleken. Door enerzijds in de wet zelf de saneringsplicht te adresseren en anderzijds in de subsidie-regeling vast te leggen in welk geval een subsidie wordt verstrekt, hoopt de regering dit knelpunt op te lossen en een effectievere handhaving mogelijk te maken."

41 De uit de Wet bodembescherming voortvloeiende saneringsplicht geldt overigens niet voor bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters die worden geconfronteerd met bodemverontreiniging waarvan de bron zich elders bevindt. Dit betekent niet dat de desbetreffende eigenaar of erfpachter dan altijd is gevrijwaard van het nemen van beschermende maatregelen of het uitvoeren van een bodemsanering. Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 13, waar wordt opgemerkt: "Wanneer de verontreiniging zich bevindt in het vaste deel van de bodem en vanwege bijvoorbeeld voorgenomen bouwactiviteiten handelingen moeten worden verricht met de ernstig verontreinigde grond, is deze eigenaar uiteraard wel verplicht dit te melden op grond van artikel 28, en kan dit leiden tot een (deel)sanering. Hier geldt de aanhoudingsplicht van artikel 52a van de Woningwet. Ook behouden de bovengenoemde eigenaren of erfpachters de normale verantwoordelijkheid die voor eigenaren of erfpachters geldt, zoals zorg voor de bodemkwaliteit en het geven van informatie bij verkoop. Het bevoegd gezag kan aan die eigenaar ook een bevel opleggen tot nader onderzoek, en eventueel tijdelijke beveiligingsmaatregelen opleggen." Zie ook *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2005-2006, 29 462, F, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Nadere Memorie van Antwoord', p. 6-7.

“De saneringsplicht vereist een aparte discussie over verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid, schuldvraag en het “vervuiler betaalt”-principe. In algemene lijn geldt dat hier het “vervuiler betaalt”-principe geldt wanneer duidelijk is wie de verantwoordelijkheid voor de verontreiniging draagt, zeker als gezondheid van mens en dier aan de orde is.”<sup>42</sup>

In de Memorie van Toelichting wordt ten aanzien van art. 55b lid 2 Wbb opgemerkt:

“Het principe “de vervuiler betaalt” is niet verlaten, maar wordt meer naar de achtergrond verplaatst. Dit heeft te maken met het specifieke karakter van de saneringsregeling die betrekking heeft op historische verontreiniging, waarbij de veroorzaker als hij niet (meer) de eigenaar is vaak niet meer te achterhalen of aan te spreken is. De invulling van dit principe is anders geworden nu de plicht tot saneren van bedrijfsterreinen zich in eerste instantie richt op de eigenaar of erfpachter. Dat betekent dat de overheid zich als regel niet meer tot de veroorzaker zal richten wanneer er sprake is van een bedrijfsterrein. Die mogelijkheid blijft er echter wel, voor bijzondere gevallen waarin de wettelijke saneringsplicht van de eigenaar niet uitvoerbaar blijkt.”<sup>43</sup>

De nieuwe wetsystematiek is gebaseerd op het uitgangspunt dat het bevoegd gezag in elk geval iemand kan verplichten tot bodemsanering, en dat zal toch vaak de huidige bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de grond zijn. Deze wetsystematiek verhoogt de efficiëntie. Er hoeven minder gerechtelijke procedures ten aanzien van de vraag wie verantwoordelijk is voor het uitvoeren van de bodemsanering te worden gevoerd. Daarnaast stijgt waarschijnlijk ook het aantal uit te voeren bodemsaneringen in Nederland vanwege deze wetgeving. Dit is eigenlijk de praktische achtergrond van de nieuwe wetgeving.<sup>44</sup> Zou een dergelijke kwalitatieve verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter ontbreken, dan zou de Nederlandse Staat, en dus uiteindelijk de Nederlandse belastingbetalers, de niet door haar veroorzaakte bodemverontreiniging zelf moeten saneren. De Staat moet dan uiteindelijk de saneringskosten dragen indien verhaal op de veroorzaker van de verontreiniging of de vanwege de bodemsanering uitgevoerd door de Staat ongerechtvaardigd verrijkte achteraf onmogelijk blijkt te zijn. De wettelijk vastgelegde kwalitatieve saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter kan daarbij als stok achter de deur dienen in die gevallen waarin de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter niet vrijwillig tot bodemsanering overgaat. Doordat ook bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters, niet-veroorzakers,

<sup>42</sup> *Kamerstukken II*, 32, 8 december 2004, ‘Bodemsaneringen’, p. 32-2140.

<sup>43</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 41.

<sup>44</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 14: “De saneringsplicht is een effectiever middel dan het bevelsinstrument. De juridische toets, die nodig is om de bevelsbeschikking te adresseren, is steeds een groot struikelblok gebleken in de uitvoeringspraktijk. Door enerzijds in de wet zelf de saneringsplicht te adresseren, en anderzijds in de subsidieregeling vast te leggen in welke gevallen een subsidie wordt verstrekt, is dit knelpunt opgelost en is effectieve handhaving mogelijk geworden.”

belang hebben bij de uitvoering van de bodemsanering, zou het aantal uit te voeren bodemsaneringen in Nederland de komende tijd moeten gaan stijgen. Echter, er moet nog steeds eerst een besluit ex art. 37 jo. art. 29 Wbb worden genomen door het bevoegd gezag, alvorens de wettelijke saneringsplicht gaat gelden voor de desbetreffende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter.

Anderzijds, hoe valt het te rechtvaardigen dat de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter altijd de (kostbare) saneringsmaatregelen moeten treffen? Een belangrijk argument vóór de invoering van een kwalitatieve wettelijke saneringsplicht voor niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters, is dat zij zelf zijn gebaat bij de bodemsanering. Soms verhoogt de bodemsanering immers de waarde van de grond en verbetert het de gebruiksmogelijkheden van de grond. Maar dat hoeft zeker niet altijd het geval te zijn. Bijvoorbeeld in het geval het bedrijf ook heel goed kan functioneren en voortbestaan zonder uitvoering van een bodemsanering, zodat de marktwaarde van het bedrijf en/of het desbetreffende perceel grond niet erg afhankelijk is van het al dan niet aanwezig zijn van bodemverontreiniging.<sup>45</sup> Daarnaast stelt de Nederlandse wetgever zich op het standpunt dat de eigenaar en erfpachter niet alleen de lusten, maar ook de lasten van haar eigendoms- en erfpachtrecht dient te dragen.<sup>46</sup> Ook daarom kan op de eigenaar of erfpachter van de grond een wettelijke saneringsplicht komen te rusten. Rechtvaardiging van de plicht tot bodemsanering is in elk geval gelegen in de omstandigheid dat de verontreiniging gevaar voor de gezondheid van mens, dier en plant met zich meebrengt, bijvoorbeeld vanwege een verspreidingsrisico via het grondwater en het oppervlaktewater. Zie over dit verspreidingsrisico hoofdstuk 6.

De saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter wordt financieel echter aanzienlijk verlicht via een nieuwe subsidieregeling.<sup>47</sup> Deze subsidieregeling is mede ingevoerd om te voorkomen dat de kosten voor bodemsanering leiden tot het faillissement van op zichzelf gezonde bedrijven.<sup>48</sup> Bij het toekennen van mogelijk subsidie, die op kan lopen tot 60% of 70% van de totale beraamde saneringskosten,<sup>49</sup> wordt rekening gehouden met bepaalde (privaatrechtelijke)

45 Op de relativiteit van de term marktwaarde van de grond wordt verder ingegaan in par. 5.2.1.

46 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, 'Interdepartementaal beleidsonderzoek: bodemsanering', p. 10: "Ten tweede speelt het beginsel van het eigenaarsrisico: de eigenaar heeft de lusten, maar moet ook de lasten dragen. Waar deze beginselen niet in de praktijk kunnen worden gebracht komt het profijtbeginseel in beeld: wie belang heeft bij de sanering betaalt mee."

47 Zie het Besluit financiële bepalingen bodemsanering, *Stb.* 2005, 681. Zie over het saneringsplan, de saneringsdoelstelling en de financiële draagkracht van diegene die gaat saneren ABRvS 18 januari 2006, *JM* 2006, 58, m.nt. Van der Molen.

48 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 20. Vergelijk ook artikel 40 lid 1 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering, dat luidt: "Indien naar het oordeel van Onze Minister de levensvatbaarheid van een bedrijf als gevolg van de handhaving van de verplichting tot sanering in zodanig gevaar komt dat het voortbestaan van het bedrijf onzeker is, neemt Onze Minister op verzoek van de eigenaar of erfpachter de uitvoering van de sanering op zich."

49 Zie de art. 17 en 19 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

omstandigheden, die overeenkomen met de omstandigheden waarmee ook bij het opleggen van een saneringsbevel rekening wordt gehouden.<sup>50</sup> Deze bijzondere omstandigheden, die mede betrekking hebben op het moment van overdracht, komen hierna in dit hoofdstuk nog aan de orde.<sup>51</sup>

### *De afdwingbaarheid van de wettelijke saneringsplicht*

Naleving van de wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb kan worden afgedwongen via bestuursdwang of het opleggen van een last onder dwangsom, zie art. 95 Wbb jo. art. 18.3 tot en met 18.16 van de Wm. De wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb kan daarnaast strafrechtelijk worden gehandhaafd (zie art. 1a Wet Economische Delicten).<sup>52</sup>

#### *3.3.2.2 Bedrijfsovername, garantstelling en de wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb*

De nieuwe wetgeving heeft ook direct consequenties voor de overnamepraktijk. Belangrijk voor de transactiepraktijk is met name art. 55b lid 3 Wbb. De eerste volzin van dit artikellid luidt als volgt:

“Indien de eigendom of erfpacht wordt overgedragen, blijft de verplichting om te saneren mede rusten op de eigenaar of erfpachter die zijn eigendom respectievelijk zijn recht van erfpacht heeft overgedragen tot het tijdstip waarop de opvolgende eigenaar of de opvolgende erfpachter financiële zekerheid<sup>53</sup> voor de saneringskosten heeft gesteld en daarmee door gedeputeerde staten is ingestemd.”

50 Een saneringsbevel ex artikel 46 lid 1 Wbb kan overigens nog steeds aan niet-bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters worden opgelegd.

51 Zie hierover ook mijn artikel ‘De privaatrechtelijke aspecten van de Wet bodembescherming: noodzakelijk of slechts van tijdelijke aard?’, in: M.V.C. Aalders en R. Uylenburg (red.), *Het milieurecht als proeftuin, 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 143-151.

52 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 14: “De strafrechtelijke handhaving van de verplichting om te saneren is mogelijk omdat naast het bevel van artikel 43, derde lid, van de wet ook de saneringsplicht van artikel 55b van de wet zal worden opgenomen in artikel 1a van de Wet op de economische delicten. Dit betekent dat er onder meer geldboetes en eventueel vrijheidsstraffen kunnen worden opgelegd.”

53 Art. 38 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering geeft aan welke financiële zekerheden kunnen worden bedongen: “1. Financiële zekerheid als bedoeld in artikel 55b, derde lid van de wet, wordt door de opvolgende eigenaar of erfpachter ten behoeve van gedeputeerde staten gesteld door middel van: a. een bankgarantie, of, b. een hypotheek- of pandrecht of, c. het treffen van een andere voorziening, waarbij de financiële zekerheid naar het oordeel van gedeputeerde staten gelijkwaardig is aan de financiële zekerheid, genoemd in de onderdelen a en b. 2. De financiële zekerheid wordt in stand gehouden totdat gedeputeerde staten hebben ingestemd met het saneringsplan, bedoeld in artikel 39 van de wet. 3. Bij het niet nakomen van de verplichting waarvoor financiële zekerheid is gesteld nemen gedeputeerde staten verhaal op de gestelde zekerheid. (...)” Zie over de wijzen van financiële zekerheidstelling ook uitgebreid par. 9.4.2 en par. 9.4.3.

Dit is de uiteindelijke ‘vervreemdingsregeling’ die jaren geleden al onderwerp van discussie is geweest in het Nederlandse parlement.<sup>54</sup> Ook deze bepaling heeft uiteraard pas werking indien er via een beschikking een saneringsplicht op een bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter ten aanzien van een geval van ernstige verontreiniging is komen te rusten (zie de art. 55b jo. 37 jo. 29 Wbb). De financiële zekerheid moet in stand worden gehouden totdat Gedeputeerde Staten hebben ingestemd met het saneringsplan.<sup>55</sup> In de Memorie van Toelichting bij dit wetsartikel merkte de staatssecretaris van VROM het volgende op over deze verplichte financiële zekerheidstelling:

“In het derde lid is geregeld dat bij overdracht van een verontreinigd bedrijfsterrein ook de verplichting om te saneren over gaat op de opvolgende zakelijk gerechtigde. Om ontduikingsconstructies (bijvoorbeeld verkoop aan een lege B.V.) te voorkomen, en zeker te stellen dat er tijdig daadwerkelijk wordt gesaneerd, geldt dat de oorspronkelijke eigenaar of erfpachter naast de nieuwe eigenaar of erfpachter een saneringsplicht heeft totdat laatstgenoemde financiële zekerheid heeft gesteld of de sanering heeft uitgevoerd. Pas als dit is gebeurd vervalt de saneringsplicht van de oorspronkelijke eigenaar van rechtswege. Hiermee wordt een stimulans gegeven om het geval van bodemverontreiniging te saneren alvorens de overdracht plaatsvindt. Indien dit niet gebeurt zullen partijen in elk geval onderling een regeling moeten treffen, en is deze bepaling nodig om voldoende garantie te bieden aan de overheid dat er financiële middelen zijn voor de sanering wanneer de nieuwe eigenaar vanwege eigen plannen hiertoe wordt genoodzaakt, dan wel op het moment waarop de overheid de sanering kan afdwingen wegens overschrijding van de gestelde termijn. De minister kan nadere regels inzake het stellen van financiële zekerheid stellen bij algemene maatregel van bestuur.”<sup>56</sup>

De invoering van deze nieuwe wettelijke bepaling is op zichzelf logisch te noemen: juridische ontduikingsconstructies moeten worden voorkomen. Daarbij is de toelichting van de staatssecretaris van VROM interessant. Op het moment van overdracht worden de koper en verkoper gedwongen om de bodem waarvoor een beschikking ex art. 37 jo. art. 29 Wbb is gegeven te saneren, dan wel onderling contractuele afspraken daaromtrent te maken. Hier stipt de staatssecretaris van VROM een punt aan dat in andere landen, met name in enkele staten binnen de Verenigde Staten, al eerder een (vergaand) onderwerp van wetgeving is geweest: de zogenaamde transfer triggered environmental acts. Dergelijke wetgeving stelt het moment van overdracht (transfer) van een bepaald bedrijf of perceel grond,

54 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 6-14 (‘Saneringgarantie bij grondtransacties’). Op p. 13-14 wordt opgemerkt: “Het marktmechanisme gecombineerd met de juridische verplichtingen leiden er niet toe dat noodzakelijke bodemsanering bij elke overdracht wordt gewaarborgd. Het kabinet acht het daarom wenselijk dienaangaande een regeling te treffen. In het buitenland zijn ervaringen opgedaan met een dergelijk instrument. Het vervreemdingsverbod in New Jersey voorziet in tegenstelling tot het bouwverbod in Quebec en de kopersvrijstelling in Hessen in deze behoefte. (...) Aan de overdracht van (rechten op) onroerende zaken dienen derhalve bodemonderzoek en – indien daaruit blijkt dat bodemsanering noodzakelijk is – een saneringsgarantie te worden verbonden.”

55 Art. 38 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

56 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 41-42.

zoals geformuleerd in die wet, centraal wat betreft de verplichting tot het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering. Op dát moment moet er van rechtswege bodemonderzoek worden verricht en moet de bodem, indien noodzakelijk, worden gesaneerd, dan wel moeten er afspraken met het bevoegd gezag dienaangaande worden gemaakt. Op deze Amerikaanse wetgeving en de mogelijkheid tot invoering van een transfer triggered milieuwet in Nederland of de Europese Unie wordt in de hoofdstukken 4 en 5 uitgebreid ingegaan.

Hier merk ik al vast op dat het zeker een overweging waard is om dergelijke wetgeving ook in Nederland of binnen de Europese Unie<sup>57</sup> in te voeren. Immers, de huidige regeling van art. 55b lid 3 Wbb is waarschijnlijk nog onvoldoende vergaand om het door de wetgever gewenste effect te bewerkstelligen, en wel vanwege de volgende redenen.

#### *Reikwijdte van de term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb*

Van belang is de reikwijdte van de term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb.<sup>58</sup> Aangezien de Wbb geen afwijkende definitie van deze term geeft, moet worden geconcludeerd dat met de term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb géén afwijking wordt beoogd van de term overdracht in het civiele recht (art. 3:83 e.v. BW). Het lijkt twijfelachtig dat de rechter een andere invulling aan deze term gaat geven. Het betreft hier dus de overdracht van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht ten aanzien van de grond. Pas als dát eigendomsrecht of erfpachtrecht wordt overgedragen, is er sprake van een overdracht in de zin van art. 55b lid 3 Wbb.

Een overdracht van de aandelen in een vennootschap die professioneel eigenaar of erfpachter is van de desbetreffende grond is daarom niet als een overdracht in de zin art. 55b lid 3 Wbb te beschouwen. Het eigendomsrecht of erfpachtrecht ten aanzien van de grond wordt dan immers niet overgedragen, maar blijft bij dezelfde vennootschap wier aandelen worden verkocht. Er hoeft dan dus geen financiële zekerheid te worden gesteld door de nieuwe aandeelhouder, en de saneringsplicht blijft niet rusten op de voorgaande aandeelhouder.

Maar een overdracht van aandelen kan wel allerlei consequenties hebben met betrekking tot de financiële positie van de vennootschap, bijvoorbeeld indien de nieuwe aandeelhouder activa aan de vennootschap onttrekt. Ook een verkrijging

57 De door de Europese Commissie voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem bevat overigens al een beperkte transfer trigger in art. 12, zie daarover par. 3.5.1.

58 In het kader van mogelijke subsidieverlening is overigens wel in beperkte mate rekening gehouden met de definiëring van, zoals het Besluit financiële bepalingen bodemsanering dat noemt, het begrip 'verwerving'. Art. 18 van dit Besluit bepaalt namelijk: "Onder verwerving als bedoeld in artikel 17 wordt niet verstaan: (a) de omzetting van de rechtsvorm van de onderneming als bedoeld in artikel 3.65 van de Wet inkomstenbelasting door de eigenaar dan wel de erfpachter van het bedrijfsterrein van de onderneming; (b) de overdracht van de onderneming binnen het familieverband van de eigenaar tot de tweede graad in de rechte lijn; (c) de verwerving binnen een opvolging onder algemene titel."

onder algemene titel – bijvoorbeeld door middel van een juridische fusie of (af)splitsing (art. 3:80 lid 2 BW) – is geen overdracht in de zin van art. 3:83 BW (zie art. 3:80 lid 3 BW). Ook dan hoeft er dus op grond van art. 55b lid 3 Wbb geen financiële zekerheid te worden gesteld, en blijft de saneringsplicht niet op grond van art. 55b lid 3 Wbb rusten op de rechtsvoorganger.

De vraag rijst dan ook of de definitie van overdracht in art. 55b lid 3 Wbb niet verder uitgebreid en verduidelijkt kan worden, zodat bijvoorbeeld ook de aandelenoverdracht of een rechtsopvolging onder algemene titel (juridische fusie en (af)splitsing) onder deze regeling vallen. Er wordt dan als het ware een specifieke wettelijke definitie van de term overdracht gegeven voor de gevallen waarin art. 55b lid 3 Wbb toepasselijk is. Het is dan overigens beter om niet dezelfde term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb te gebruiken, maar bijvoorbeeld de term ‘verwerving’ of ‘transactie’. Dit voorkomt verwarring. De term verwerving wordt ook gebruikt in art. 17 en art. 18 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering, en zou in de Wbb bestuursrechtelijk kunnen worden gedefinieerd, dat wil zeggen alleen ten aanzien van de toepasselijkheid van art. 55b lid 3 Wbb. Zie over deze kwestie ook par. 5.3.4.

Een andere vraag is die of een economische eigendomsoverdracht onder de reikwijdte van art. 55b lid 3 Wbb valt. Gezien het feit dat de wet hier spreekt over de term overdracht, lijkt een strikte civielrechtelijke uitleg van de term overdracht het meest voor de hand te liggen. Wellicht dat de rechter in de toekomst dit begrip zal oprekken naar bijvoorbeeld een economische eigendomsoverdracht. Het valt immers niet uit te sluiten dat de rechter in de toekomst moet oordelen over de reikwijdte van de term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb, en een eigen inkleuring aan deze term geeft.

Het probleem van het formuleren van bepaalde wettelijke definities in dit kader heeft zich in het verleden ook voor gedaan bij de diverse zogenaamde transfer triggered environmental acts zoals toepasselijk in bijvoorbeeld de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut. Daar is dit probleem ondervangen middels het uitgebreid definiëren van enkele kernbegrippen in de wet, waaronder de definitie van transfer. Onder deze definitie vallen nu een groot aantal civielrechtelijke gebeurtenissen, waaronder een aandelenoverdracht of een juridische fusie, die allen de desbetreffende transfer triggered environmental act toepasselijk doen laten zijn. Zie daarover de hoofdstukken 4 en 5.

### 3.3.2.3 *Mogelijkheden tot ontduiking van art. 55b Wbb*

De formulering van art. 55b lid 3 Wbb laat dus, ondanks hetgeen de wetgever beoogde met de invoering van dit artikel, bepaalde mogelijkheden tot ontduiking van de wettelijke (sanerings)verplichting in stand. Overdracht naar een lege BV is vanwege de invoering van art. 55b lid 3 Wbb niet meer direct een optie ter ontduiking van de bodemsaneringsverplichtingen. Maar dit wetsartikel is té eenvoudig geformuleerd en laat daardoor de mogelijkheid van andere ontduikingsconstructies wel degelijk in stand.



*Beperking tot situaties van overdracht*

Zolang het desbetreffende industriële perceel grond niet wordt overgedragen in civielrechtelijke zin (conform de art. 3:83 e.v. BW), kunnen er immers allerlei rechtshandelingen worden verricht die de financiële positie van de rechtspersoon die eigenaar of erfpachter is van de grond doen verslechteren. Zolang het perceel grond bijvoorbeeld in eigendom blijft van dezelfde vennootschap, mist art. 55b lid 3 Wbb toepassing. Hiervoor kwam dit probleem al naar voren: een aandelenoverdracht ten aanzien van een vennootschap die de grond in eigendom of erfpacht heeft valt bijvoorbeeld niet onder de term overdracht in de zin van art. 55b lid 3 Wbb. Ditzelfde geldt ook ten aanzien van bijvoorbeeld de rechtsopvolging onder algemene titel of voor een economische eigendomsoverdracht. Hoewel het met name ten aanzien van economische eigendomsoverdracht niet ondenkbaar is dat de rechter in de toekomst oordeelt dat een dergelijke economische eigendomsoverdracht onder de term overdracht in de zin van art. 55b lid 3 Wbb valt.

*Voorstel:*

In de Wbb zou de term overdracht in art. 55b lid 3 Wbb, of beter nog in plaats van de term overdracht de term transactie, aangezien deze term niet in het BW voorkomt en dus specifiek kan worden gedefinieerd in de Wbb, apart kunnen worden gedefinieerd zodat daar ook bijvoorbeeld een aandelenoverdracht onder valt. Zie over het apart formuleren van de term overdracht in het kader van transfer triggered milieuwetgeving ook de hoofdstukken 4 en 5.

*Ontbreken van formele vereisten*

Daarnaast geeft art. 55b lid 3 Wbb geen formele vereisten. Daar bedoel ik mee vereisten ten behoeve van het houden van een bepaalde mate van toezicht door het bevoegd gezag op het moment van overdracht van een industrieel perceel. Bijvoorbeeld: het verplicht ondertekenen van een bepaalde standaardverklaring door de verkoper en koper, welke verklaring ten tijde van de transactie ook verplicht moet worden overgelegd aan het bevoegd gezag.

*Voorstel:*

Het zou mijns inziens de duidelijkheid en de correcte naleving van de wet ten goede komen, indien ook het bevoegd gezag op de hoogte wordt gehouden van hetgeen de (markt)partijen onderling afspreken. Op dit aspect wordt later in dit boek teruggekomen, zowel in het kader van de bespreking van de in september 2006 door de Europese Commissie voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem als in het kader van de bespreking en discussie van de zogenaamde Amerikaanse transfer triggered environmental acts in de hoofdstukken 4 en 5. Indien het bevoegd gezag op de hoogte wordt gesteld van de verontreiniging, kan het bevoegd gezag immers via de art. 37, 29 en 55b Wbb een wettelijke saneringsplicht toepasselijk laten zijn.

*Rol notaris?*

Het is in dit verband denkbaar dat de notaris een naar de bij de overdracht betrokken partijen toe informerende rol heeft in het kader van art. 55b lid 3 Wbb en de financiële zekerheidstelling. De notaris zou bijvoorbeeld bij de partijen betrokken bij de overdracht van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht van grond waarop krachtens art. 55b Wbb een wettelijke saneringsplicht rust kunnen nagaan, of zij niet zijn vergeten de vereiste financiële zekerheid te stellen.

*Beschikking in de zin van art. 29 Wbb jo. art. 37 Wbb*

Een ander aspect dat de reikwijdte van art. 55b lid 3 Wbb beperkt, is het feit dat dit artikellid alleen van toepassing is in gevallen dat er al een beschikking in de zin van art. 29 Wbb jo. art. 37 Wbb ten aanzien van de over te dragen grond is genomen door het bevoegd gezag. Er is dan al een voortraject afgelegd wat betreft bodemonderzoek, en het probleem is dus al duidelijk in kaart gebracht. Er is derhalve géén sprake van het opleggen van een (nieuwe) onderzoeks- en saneringsverplichting op het moment van een overdracht. Dit laatste element is juist wél van wezenlijk belang bij de in de volgende twee hoofdstukken te bespreken Amerikaanse transfer triggered environmental acts, en ook bij de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem betreffende bodemonderzoek. Naar huidig Nederlands recht moet het bevoegd gezag eerst een beschikking ex art. 29 Wbb nemen, waarbij het probleem zich kan voordoen dat het bevoegd gezag daar niet toe over gaat. Het niet nemen van een beschikking door het lokale bevoegd gezag was immers ook het probleem bij het opleggen van saneringsbevelen. Het lokale bevoegd gezag wil bedrijven binnen de gemeentegrenzen vaak vanwege bijvoorbeeld de werkgelegenheid behouden, en is bang om bedrijven af te schrikken indien het een saneringsbevel oplegt.

*Overdracht naar een lege BV*

Het uitgangspunt dat overdracht naar een lege BV niet gemakkelijk meer mogelijk is omdat de saneringsplicht ingevolge art. 55 lid 3 Wbb mede op de vervreemdende eigenaar of erfpachter blijft rusten totdat er financiële zekerheid door de rechtsopvolgende eigenaar of erfpachter dienaangaande is gesteld waarmee het bevoegd gezag akkoord is gegaan, betekent niet dat deze regeling waterdicht is. Aangezien er geen sprake is van een vervreemdingsverbod kunnen percelen (industriële) grond gemakkelijk worden overgedragen, zonder dat het bevoegd gezag kennis en inzicht verkrijgt met betrekking tot de desbetreffende overdracht. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat het perceel grond binnen één dag enkele keren wordt overgedragen aan nieuwe (rechts)personen. Wie is dan de eigenaar of erfpachter die zijn eigendom respectievelijk zijn recht van erfpacht heeft overgedragen? Is dat de oorspronkelijke eigenaar of erfpachter, waarbij wordt gekeken wie vooraan in de keten van overdrachten staat, of moet juist naar de laatst overdragende eigenaar of erfpachter worden gekeken?

Het meest logische is dat de oorspronkelijke verkoper en alle opvolgende eigenaren of erfpachters in dat geval saneringsplichtig worden, tot het moment waarop diegene die uiteindelijk het eigendomsrecht of het erfpachtrecht heeft verworven financiële zekerheid stelt voor de kosten van de bodemsanering, en het bevoegd gezag daarmee akkoord gaat. Op die manier wordt het ontduiken van de wettelijke saneringsplicht door middel van het snel achter elkaar overdragen van een vervuild perceel grond tegengegaan.

### 3.3.2.4 *Ontbinding en vereffening van de rechtspersoon waarop een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb rust*

Mogelijk wordt de rechtspersoon op wie de wettelijke saneringsplicht rust ontbonden. Zie over de ontbinding van een rechtspersoon de art. 2:19 e.v. BW. In dat geval rijst de vraag of het bevoegd gezag als schuldeiser voldaan kan worden uit het vermogen van de te ontbinden rechtspersoon (zie art. 2:23b Wbb). Dit is een lastig te beantwoorden vraag, aangezien het bevoegd gezag op het moment van ontbinding nog geen schuldeiser van de rechtspersoon is. Er rust weliswaar een wettelijke saneringsplicht op de desbetreffende rechtspersoon, maar het bevoegd gezag heeft zelf nog geen saneringskosten gemaakt. Er is dan ook een probleem voor het bevoegd gezag indien de rechtspersoon waarop een saneringsplicht ex art. 55b Wbb rust wordt ontbonden.

Wat te doen aan dit probleem? Een oplossing – in lijn met hetgeen hiervoor is betoogd – is om in de Wet bodembescherming tevens een bepaling op te nemen die betrekking heeft op de situatie van ontbinding van de saneringsplichtige rechtspersoon. Bijvoorbeeld luidende dat een dergelijke civielrechtelijke ontbinding met zich meebrengt dat de vereffenaar van de rechtspersoon (zie art. 2:23 BW) in overleg moet treden met het bevoegd gezag met betrekking tot hetgeen er gaat gebeuren met de toepasselijke saneringsplicht die op de te ontbinden rechtspersoon rust. En voorts dat de rechtspersoon niet mag worden ontbonden totdat er een afspraak is gemaakt met het bevoegd gezag, en er financiële zekerheid is gesteld ten gunste van het bevoegd gezag, ten aanzien van de uitvoering van de saneringswerkzaamheden. Een andere oplossing is om in de regeling met betrekking tot de vereffening van rechtspersonen in boek 2 BW (art. 2:19 BW tot en met art. 2:23c BW) een bepaling op te nemen dat het bevoegd gezag in dit soort gevallen mede moet worden ingelicht door de vereffenaar, en het bevoegd gezag naast de schuldeisers en andere gerechtigden wordt betrokken bij de procedure tot vereffening. Bij dit laatste kan worden gedacht aan het scheppen van de wettelijke mogelijkheid van het bevoegd gezag om de saneringsplicht te doen laten gelden ten tijde van de vereffening, en op grond van art. 2:23b lid 5 BW in verzet te komen tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling van de vereffenaar.

Overigens vervalt de saneringsplicht met betrekking tot de desbetreffende verontreinigde grond niet na de ontbinding van de rechtspersoon. Er is dan geen geadresseerde meer. Pas als er weer een nieuwe bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de grond komt, zal de saneringsplicht gaan gelden voor deze nieuwe eigenaar. Wél

zal deze nieuwe eigenaar of erfpachter bereid moeten zijn om, indien hij de grond van de te vereffenen rechtspersoon koopt, financiële zekerheid te stellen voor de saneringskosten (zie art. 55b lid 3 Wbb). Er bestaat dan het gevaar dat er – vanwege de mogelijkerwijze hoge saneringskosten – geen koper van de grond kan worden gevonden. Wellicht dat in die gevallen de subsidieregeling een potentiële koper van het eigendoms- of erfpachtrecht over de streep kan trekken om tóch tot de koop over te gaan.

3.3.2.5 *Is de vervreemdende eigenaar of erfpachter belanghebbende bij het besluit van Gedeputeerde Staten ten aanzien van de financiële zekerheidstelling van de opvolgende eigenaar of erfpachter?*

Tevens is het de vraag wie precies als belanghebbenden bij het besluit tot goedkeuring (instemming) door Gedeputeerde Staten ten aanzien van de financiële zekerheidstelling door de opvolgende eigenaar of erfpachter in de zin van art. 55b lid 3 Wbb zijn aan te duiden. Kan de vervreemdende eigenaar of erfpachter zich bijvoorbeeld op het standpunt stellen dat de door de opvolgende eigenaar of erfpachter verstrekte financiële zekerheid, in tegenstelling tot het oordeel van Gedeputeerde Staten, wél voldoende zekerheid verschaft, zodat zijn wettelijke saneringsplicht voortvloeiende uit art. 55b Wbb vervalt? De vervreemdende eigenaar of erfpachter heeft er immers een eigen belang bij dat de financiële zekerheidstelling van de opvolgende eigenaar of erfpachter wordt goedgekeurd door het bevoegd gezag (Gedeputeerde Staten). Pas dan vervalt immers zijn saneringsplicht.

In art. 55b lid 3 Wbb en art. 38 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering wordt niets opgemerkt over de mogelijkheden van de vervreemdende eigenaar of erfpachter om als belanghebbende bezwaar te maken tegen het besluit waarin de financiële zekerheidstelling door de opvolgende eigenaar of erfpachter wordt afgewezen.<sup>59</sup> Ik zou menen dat de vervreemdende eigenaar of erfpachter wél als belanghebbende<sup>60</sup> is aan te duiden bij het besluit tot instemming of afwijzing van de financiële zekerheidstelling door de opvolgende eigenaar of erfpachter. De vervreemdende eigenaar of erfpachter zou dus de mogelijkheid moeten hebben om bezwaar te maken tegen de beschikking van Gedeputeerde Staten waarin de zekerheidstelling van de opvolgende eigenaar of erfpachter wordt afgewezen.

---

59 De afwijzing van de financiële zekerheidstelling is immers een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling, zie art. 1:3 Awb. In dit geval is er sprake van een bijzonder besluit, dus van een beschikking.

60 Art. 1:2 Awb.

### 3.3.2.6 *Overgang subsidie*

Een aan een eigenaar of erfpachter op grond van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering verstrekte subsidie voor het saneren van een bedrijfsterrein kan ook aan een opvolgend eigenaar of erfpachter worden verleend, zie artikel 11 lid 4 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering. De overdracht van het eigendomsrecht of het recht van erfpacht moet dan wel plaatsvinden nadat de aanvraag tot subsidieverlening heeft plaatsgevonden.<sup>61</sup>

Dit is een voor de overnamepraktijk belangrijke bepaling, waarmee tijdens een bedrijfsovername of overdracht van het perceel grond rekening moeten worden gehouden. Contractspartijen zullen bijvoorbeeld, al naar gelang de verstrekte subsidie ook aan de opvolgende eigenaar of erfpachter wordt verleend, de koopprijs kunnen aanpassen. Ook kunnen zij het bepaalde in art. 11 lid 4 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering negeren, de verstrekte subsidie aan de rechtsvoorgaande eigenaar of erfpachter laten uitbetalen en de rechtsvoorgaande eigenaar of erfpachter de saneringswerkzaamheden laten uitvoeren. Partijen zijn dan niet meer afhankelijk van een nieuw besluit van het subsidieverlenende bevoegde gezag.

### 3.3.3 *Onderzoeks- en beveiligingsbevel*

Het bevoegd gezag kan ten aanzien van het grondgebied waarop de verontreiniging zich bevindt of waarop de directe gevolgen van de bodemverontreiniging zich voordoen ook:

- (1) bij een onderzoeksgeval bevelen op de aangegeven wijze nader onderzoek te verrichten; of
- (2) in geval van ernstige verontreiniging bevelen tijdelijke beveiligingsmaatregelen te treffen.<sup>62</sup>

Dit zijn de voorfasen van de daadwerkelijke grondsanering. Deze onderzoeks- en beveiligingsbevelen kunnen worden gegeven aan degene die een zakelijk of persoonlijk recht heeft op het desbetreffende grondgebied en het tevens in gebruik heeft of heeft gehad in de uitoefening van een bedrijf (zie art. 43 lid 2 Wbb). Dit is een veel bredere groep van (rechts)personen in vergelijking met de groep waarop op grond van art. 55b Wbb een wettelijke saneringsplicht kan komen te rusten

---

61 Art. 12 lid 1 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering ziet op de aanvraag tot subsidieverlening en luidt als volgt: "De aanvraag tot subsidieverlening, gedaan op of na 1 januari 2008, wordt voor dat tijdstip aangemeld bij Onze Minister waarbij de volgende gegevens worden overgelegd: a. naam en adresgegevens van de eigenaar respectievelijk de erfpachter; b. de kadastrale gegevens van het desbetreffende perceel; c. de resultaten van bodemonderzoek op ten minste het niveau van een verkennend bodemonderzoek als bedoeld in artikel 1, onder d, van het Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen, dan wel, indien reeds nader onderzoek is verricht, de resultaten van dat onderzoek met betrekking tot het geval van ernstige verontreiniging dat zich op het betreffende terrein bevindt."

62 Zie art. 43 lid 1 Wbb.

of waaraan een saneringsbevel (art. 43, art. 46 en art. 63k Wbb) kan worden opgelegd. De onderzoeks- en beveiligingsbevelen kunnen aan eenieder met een zakelijk of persoonlijk recht op de verontreinigde grond worden gegeven, dus ook aan bijvoorbeeld een niet-veroorzakende huurder. In dat geval is er, in tegenstelling tot het saneringsbevel of de wettelijke saneringsplicht, geen beperking tot (bedrijfsmatige) eigenaren of erfpachters.

“De omstandigheid dat aangenomen moet worden dat de bodem van het betrokken grondgebied een ‘ernstig gevaar’ oplevert, schept voor degene die rechthabende is of een gebruiksrecht heeft op dat grondgebied, een verplichting om dit gevaar weg te nemen”, aldus de regering ten tijde van de parlementaire behandeling met betrekking tot de invoering van dit wetsartikel in de Tweede Kamer.<sup>63</sup> “Om inzicht te krijgen in de aard en omvang van dat gevaar en de te treffen maatregelen zal hij een onderzoek naar de kwaliteit van de bodem moeten instellen”, aldus nog steeds de regering.<sup>64</sup> Ongeacht of een niet-veroorzaker de grond bijvoorbeeld huurt, koopt, pacht of daar een recht van erfpacht op heeft, kan hij door het bevoegd gezag worden gedwongen tot het verrichten van bodemonderzoek of tot het nemen van beveiligingsmaatregelen. Ook hierbij zal het vooral de historische gevallen van bodemverontreiniging – ontstaan vóór 1 januari 1987 – betreffen. Ná dit tijdstip geldt immers de zorgplicht zoals vastgelegd in art. 13 Wbb.<sup>65</sup> Het is niet ondenkbaar dat toch een onderzoeks- of beveiligingsbevel aan een zakelijk of persoonlijk gerechtigde kan worden opgelegd voor zover het bodemverontreiniging ontstaan ná 1 januari 1987 betreft. De keuze tot wie het onderzoeks- of beveiligingsbevel wordt gericht, is echter wél toetsbaar aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>66</sup> Indien een dergelijk bevel aan de veroorzaker van de verontreiniging kan worden opgelegd, lijken de beginselen van behoorlijk bestuur aan het opleggen van een bevel aan bijvoorbeeld de niet-veroorzakende huurder van het perceel grond in de weg te staan.

Interessant is dat in het kader van het opleggen van een onderzoeks- of beveiligingsbevel wordt gesproken over een bedrijf. De aanduiding van bedrijf moet ruim worden opgevat. Ook overheidsbedrijven, ziekenhuizen en stichtingen vallen hieronder.<sup>67</sup> Het artikel heeft op deze manier een grote reikwijdte. Art. 43 Wbb

63 Zie het bepaalde in de artikelen 43 en 46 van de Wbb en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30.

64 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30.

65 Art. 13 Wbb luidt: “Ieder die op of in de bodem handelingen verricht als bedoeld in de artikelen 6 tot en met 11 en die weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door die handelingen de bodem kan worden verontreinigd of aangetast, is verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevegd, teneinde die verontreiniging of aantasting te voorkomen, dan wel indien die verontreiniging of aantasting zich voordoet, de verontreiniging of de aantasting en de directe gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken. Indien de verontreiniging of aantasting het gevolg is van een ongewoon voorval, worden de maatregelen onverwijld genomen.”

66 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30.

67 Zie H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 lid 1 en lid 2 Wbb, p. 47.

ziet echter niet op een situatie waarin sprake is van overdracht van een bedrijf of van een perceel grond. Invoering van een onderzoeksplicht in geval van overdracht van de grond is wel voorgesteld door de Europese Commissie in het kader van een voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem in 2006, zie daarover par. 3.5.1. Een dergelijke onderzoeksplicht is ook onderdeel van de diverse transfer triggered environmental acts zoals toepasselijk in enkele staten binnen de Verenigde Staten (zie hoofdstuk 4).

### 3.3.4 *De art. 63k Wbb, 46 Wbb en 11, 17 en 18 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering*

Voor niet-bedrijfsmatige (zie de definitie van art. 55a Wbb) niet-veroorzakende eigenaren of erfpachters blijft art. 46 Wbb met betrekking tot de mogelijkheid tot het opleggen van een saneringsbevel onverkort van kracht. Ook de saneringsregeling ten aanzien van waterbodems, niet onbelangrijk in een waterrijk land als Nederland, is ongewijzigd gebleven (zie art. 63k Wbb). Daarnaast spelen de (cumulatieve) disculpatiegronden zoals opgesomd in art. 63k Wbb en art. 46 Wbb ook een rol van betekenis in het geval de bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters worden verplicht tot het uitvoeren van een bodemsanering op grond van art. 55b Wbb, en zij een beroep doen op de subsidieregeling. In het Besluit financiële bepalingen bodemsanering zijn immers dezelfde vereisten opgenomen ter bepaling van de mogelijkheid tot, en de hoogte van, het verstrekken van een eventuele overheidssubsidie.

Op grond van de art. 63k lid 1 Wbb, art. 46 lid 1 Wbb en art. 11 en art. 17 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering kan de huidige eigenaar of erfpachter stellen dat hij 'onschuldig' is ten aanzien van het ontstaan van de (water)bodemverontreiniging, en dat aan hem dus géén saneringsbevel kan worden opgelegd of dat hij juist daarom wél in aanmerking komt voor subsidie.<sup>68</sup> Dit bewijs is dus van belang. Welke consequenties hebben deze drie (cumulatieve!) uitsluitings- of disculpatiegronden zoals opgenomen in voormelde (wets)artikelen nu precies, mede in het licht van een bedrijfsovername?<sup>69</sup>

#### *A. Duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker(s) van de verontreiniging*

De eigenaar of erfpachter van de grond mag, gedurende de periode waarin de vervuiling is veroorzaakt, geen duurzame rechtsbetrekking hebben gehad met de veroorzaker(s) van de verontreiniging. Het gaat daarbij om de vraag of de huidige

68 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30: "De vereisten zijn zo geformuleerd, dat de betrokkene zelf een voldoende gemotiveerd beroep op de clause moet doen om aan een saneringsbevel te ontkomen." De bewijslast ligt dus bij de eigenaar of erfpachter, en niet bij het bevoegd gezag.

69 Zie over deze disculpatiegronden ook onder andere P. Klik, 'Het eerste saneringsbevel', *TMA* 1998/4, p. 103-110, P.C.M. Heinen en H.E. Woldendorp, 'Het bodemsaneringsbevel', *De Gemeentestem* no. 7019 en no. 7012, p. 553-560 en p. 594-602 en C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 167-187.

eigenaar of erfpachter ten tijde van de verontreiniging invloed had kunnen uitoefenen op de veroorzaker, en op die manier de bodemverontreiniging had kunnen voorkomen of ongedaan had kunnen maken.<sup>70</sup> De term rechtsbetrekking ziet volgens de wetgever toe op zowel op zakenrechtelijke verhoudingen, zoals het recht van erfpacht en opstal, als op verbintenisrechtelijke verhoudingen, zoals huur- en leaseovereenkomsten.<sup>71</sup> Het enkele feit dat de grond is gekocht van een veroorzaker valt echter niet onder het hebben van een duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker.<sup>72</sup> Evenmin zal er naar mijn mening – dit is mijns inziens ook uit de wetsgeschiedenis en uit het afwezig zijn van jurisprudentie dienaangaande op te maken – geen sprake zijn van een duurzame rechtsbetrekking ingeval van een hypothecaire relatie met de veroorzaker(s). Deze laatste constatering is van belang ten aanzien van kredietverschaffers zoals (hypotheek)banken: het verstrekken van een geldlening waaraan een hypotheekrecht is gekoppeld ten behoeve van de koop van een vervuild (industriële) perceel grond, zal in het algemeen niet als een duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker kunnen worden gekwalificeerd.<sup>73</sup> Daarvoor is naar ik meen meer nodig, bijvoorbeeld de aanwezigheid van bepaalde contractuele bepalingen waaruit blijkt dat de hypotheekhouder ook daadwerkelijk zeggenschap kon uitoefenen over de activiteiten verricht binnen het bedrijf

70 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24: “Het moet immers gaan om een rechtsbetrekking die relevant is (geweest) voor het ontstaan van de bodemverontreiniging. Bij het ter beschikking stellen van de grond is dat gegeven. In het geval van andere rechtsbetrekkingen wordt met het gebruik van de term ‘duurzaam’ mede benadrukt dat het moet gaan op een rechtsbetrekking die relevant is (geweest) voor het ontstaan van bodemverontreiniging. De mogelijkheid moet (hebben) bestaan om op basis van de rechtsbetrekking de veroorzaking van de verontreiniging te beïnvloeden. Ten aanzien van de rechtsbetrekkingen die verband houden met de beschikbaarheid van de grond mag deze mogelijkheid worden verondersteld. Ingeval van zeggenschap zal moeten worden gekeken naar de (te objectiveren) mogelijkheid van betrokkene om invloed uit te oefenen.” *Klik* en *Bauw* stellen dat overigens dat nog maar bezien moet worden in hoeverre het leggen van de bewijslast bij de eigenaar of erfpachter in dit verband houdbaar is. Immers, normaliter zal diegene die stelt (in casu het bevoegd gezag), deze stelling ook moeten bewijzen. Zie P. Klik, ‘Het eerste saneringsbevel’, *TMA* 1998/4, p. 109-110 en E. Bauw, ‘Bodemsanering op bevel’, *NJB* 1992/12, p. 392.

71 Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

72 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24: “Met de term ‘duurzaam’ wordt beoogd te voorkomen dat de eigenaar die in een ver verleden – zonder dat hij zich van de bodemverontreiniging bewust was of hoefde te zijn [denk aan het derde vereiste van artikel 46 lid 1 en artikel 63k lid 1 Wbb, RM] – het perceel gekocht heeft van de veroorzaker, reeds om die reden geen beroep op de uitsluitingsgronden kan doen.” Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 15: “Hij [de landsadvocaat, RM] stelde als criterium voor, dat de eigenaar ‘geen directe of indirecte betrokkenheid heeft gehad bij de veroorzaking van de verontreiniging’ en hij ‘gedurende de periode waarin de verontreiniging is veroorzaakt geen duurzame rechtsbetrekking heeft gehad met de veroorzaker(s)’. Met ‘duurzame rechtsbetrekking’ worden onder andere bedoeld overeenkomsten, waarbij het gaat om de beschikbaarheid en het gebruik van de onroerende zaak, om zakelijke en persoonlijke relaties en op verhoudingen waarbij invloed kon worden uitgeoefend op de besluitvorming bij de veroorzaker(s) van de verontreiniging, bijvoorbeeld als directe of indirecte meerderheidsaandeelhouder dan wel via een andere juridische constructie. In lijn met het advies van de landsadvocaat zal artikel 27d, vijfde lid, van het wetsvoorstel 21 556 [thans artikel 46 lid 1 Wbb, RM] bij nota van wijziging in bovenbedoelde zin worden aangepast.”

73 In de Verenigde Staten heeft de *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) in het verleden voor veel ophef gezorgd, mede vanwege de omstandigheid dat zogenaamde ‘lender liability’ (aansprakelijkheid van kredietverschaffers ten aanzien van milieuverontreiniging ontstaan tijdens de bedrijfsvoering van de lener) niet was uitgesloten in de oorspronkelijke tekst van de wet. Dat is later wel gebeurd, zie daarover par. 8.5.7.



van de hypotheekgever.<sup>74</sup> Zie over de mogelijkheden van het sanerende bevoegd gezag om een hypotheekhouder aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking par. 3.4.2, en de mogelijkheden om de hypotheekhouder als overtreders van milieu(vergunnings)voorschriften primair geldende voor de lener aan te spreken, par. 8.5.7.

Indien de nieuwe eigenaar of erfpachter ten tijde van de verontreinigende handelingen bestuurder of aandeelhouder was van de veroorzakende rechtspersoon (via bijvoorbeeld een concernrelatie), en daarom in een bepaalde mate invloed kon of had kunnen uitoefenen op het handelen van de veroorzakende rechtspersoon, kan volgens de wetgever aan hem wél een saneringsbevel worden opgelegd.<sup>75</sup> Er zal dan moeten worden gekeken naar de te objectiveren mogelijkheid van de betrokken bestuurder of aandeelhouder, vaak zelf ook weer een rechtspersoon, om invloed uit te kunnen oefenen. Of er sprake is van daadwerkelijke beïnvloeding van de betrokkene ten aanzien van de verontreinigende handeling(en), hoeft volgens de minister van VROM door het bevoegd gezag niet te worden aangetoond.<sup>76</sup> Het gaat volgens de minister van VROM om de theoretische mogelijkheid om invloed uit te kunnen oefenen op het handelen van de veroorzakende rechtspersoon, waarbij het niet van belang is of in een bepaalde mate een verwijt kan worden gemaakt aan de betrokkene, namelijk het verwijt dat hij die invloed niet heeft uitgeoefend.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> De wetsgeschiedenis spreekt hier over zeggenschap waaruit een te objectiveren mogelijkheid tot het uitoefenen van invloed op basis van een rechtsbetrekking die verband houdt met de beschikbaarheid van de grond. Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24. Dit criterium van zeggenschap lijkt op de jurisprudentie naar aanleiding van de reikwijdte van het begrip 'drijverschap over de inrichting' in de zin van de Wet milieubeheer. Zie daarover hoofdstuk 2.

<sup>75</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

<sup>76</sup> De minister stelde: "Ingeval van zeggenschap zal moeten worden gekeken naar de (te objectiveren) mogelijkheid van betrokkene om invloed uit te oefenen. Of ook daadwerkelijke beïnvloeding heeft plaats gevonden behoeft door het bestuursorgaan dat het bevel hanteert niet te worden aangetoond." Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

<sup>77</sup> Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 266d, p. 8-9, waar de minister van VROM stelt: "De leden van de CDA-fractie gingen nader in op de uitleg (...) van het begrip "duurzame rechtsbetrekking" (...). Deze leden vonden iedere situatie van in theorie denkbare invloed nogal ver gaan. Zij meenden dat het accent zou moeten liggen op feitelijke invloed waarbij de betrokkene bovendien in meerdere of mindere mate het verwijt gemaakt zou moeten kunnen worden dat hij die invloed niet heeft aangewend om het ontstaan van de verontreiniging te voorkomen. Bij de uitleg van bedoelde bepaling mag niet uit het oog worden verloren dat deze betrekking heeft op een persoon die eigenaar of erfpachter is van het verontreinigde grondgebied. In verband met het beginsel dat de eigenaar en daarmee gelijk te stellen zakelijke gerechtigden in de regel hebben in te staan voor aan de zaak eigen risico's, is ervoor gekozen dat aan hen onderzoeks- en saneringsbevelen kunnen worden opgelegd, behoudens enige specifiek omschreven uitzonderingen. In dit licht bezien is het niet onredelijk om de eigenaar of erfpachter die ten tijde van de veroorzaking een zodanige rechtsbetrekking met de veroorzaker had dat hij op basis daarvan de mogelijkheid had om invloed uit te oefenen op de veroorzaking, niet onder de uitzondering te brengen. Het zou niet in de hiervoor – kort – weergegeven gedachtegang passen, indien men zou eisen dat betrokkene in meerdere of mindere mate een verwijt gemaakt zou moeten kunnen worden dat hij het ontstaan van de verontreiniging niet heeft voorkomen. Indien er sprake zou moeten zijn van een feitelijke invloed, zoals de leden [van de Eerste Kamer, RM] bedoelen, zal men in veel gevallen al kunnen spreken van (mede) veroorzaken van de verontreiniging. De stelling van de positie van de meerderheidsaandeelhouder kan door zijn algemene karakter niet worden onderschreven. Het gaat immers om de binnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen bestaande mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de gang van zaken binnen de betreffende onderneming." Zie over deze kwestie ook C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 34-36 en p. 170.

Dit is een conclusie van de minister van VROM die in rechte zou kunnen worden betwist door de betrokkene, zelfs indien het om de situatie gaat waarin de bestuurder van de rechtspersoon later eigenaar van de grond wordt. De betrokkene zou kunnen betogen dat er ten minste sprake zal moeten zijn van de omstandigheid dat aan de betrokkene zélf (dus: persoonlijk) een verwijt kan worden gemaakt dat hij de tot zijn beschikking staande mogelijkheden tot beïnvloeding van het gedrag van de veroorzakende rechtspersoon niet heeft aangewend.<sup>78</sup> Hij was bijvoorbeeld feitelijk op de hoogte van de verontreinigende handelingen van de rechtspersoon, en had vervolgens als (meerderheids)aandeelhouder het bestuur van de rechtspersoon daarop kunnen aanspreken, dan wel hij had zélf als bestuurder van de rechtspersoon actie kunnen ondernemen. Het is de vraag of dit betoog door de rechter zal worden gevolgd. De wetgever heeft immers duidelijk aangegeven dat het in dit kader niet van belang is of aan de betrokkene een verwijt kan worden gemaakt.

Indien het vereiste van een duurzame rechtsbetrekking ter sprake komt bij de subsidieverlening via art. 17 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering, kan de subsidieverstrekkende overheid uiteraard wél haar eigen eisen stellen. Het betreft dan immers geen kwestie van verantwoordelijkstelling, maar een vereiste voor subsidieverlening.

*B. Directe of indirecte betrokkenheid bij de veroorzaking van de bodemverontreiniging*

Er mag een saneringsbevel worden opgelegd aan de eigenaar of erfpachter indien hij directe of indirecte betrokkenheid had bij de veroorzaking van de verontreiniging. Onduidelijkheid kan ontstaan over de indirecte betrokkenheid van de huidige eigenaar of erfpachter bij de veroorzaking van de verontreiniging. Ik neem aan dat daar niet de (in)directe betrokkenheid via rechtspersoonrechtelijke betrekkingen zoals die van (groot)aandeelhouder of (enig) bestuurder van de directe veroorzaker onder vallen. Op die gevallen heeft immers onderdeel a van art. 63k lid 1 Wbb (en art. 46 lid 1 Wbb) betrekking. Onder welke omstandigheden is er dan wél sprake van indirecte betrokkenheid bij de vervuiling? Denkbaar is bijvoorbeeld dat de huidige eigenaar of erfpachter in het verleden werkzaamheden heeft verricht voor, of aanwijzingen heeft gegeven aan, de directe veroorzaker waarbij uiteindelijk bodemverontreiniging is ontstaan. Het causale verband tussen de indirecte betrokkenheid en de bodemverontreinigende handelingen zal dan wel eerst vastgesteld moeten kunnen worden.

---

<sup>78</sup> Zie evenzo C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 171.

### C. Het moment van verkrijging of verwerving van het recht op het perceel grond

Deze disculpatiemogelijkheid heeft bijzondere parallellen met de onderzoekspllicht zoals ontwikkeld in de civielrechtelijke rechtspraak,<sup>79</sup> welke voortvloeit uit het bepaalde in art. 7:17 lid 5 BW;<sup>80</sup> op het moment van verkrijging van het recht op het grondgebied was de nieuwe eigenaar of erfpachter niet op de hoogte, dan wel had hij redelijkerwijs niet op de hoogte kunnen zijn, van de (water)bodemverontreiniging. Het gaat om een objectieveerbare wetenschap van de verkrijger (koper of erfpachter).<sup>81</sup> Met andere woorden: welk kennisniveau mocht er van de (professioneel handelende) verkrijger worden verwacht, en heeft hij voldaan aan de op hem rustende onderzoekspllicht?<sup>82</sup> Opvallend is dat, in het kader van mogelijke subsidieverlening, art. 17 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering spreekt van “verwerving van het zakelijk recht”,<sup>83</sup> en niet van de “verkrijging van het recht op het grondgebied” zoals in art. 63k lid 1 onder c Wbb en art. 46 lid 1 onder c Wbb. Het betreft hier het zakelijke recht van de eigenaar of erfpachter op het grondgebied. Met de “verkrijging van het recht op het grondgebied” door de eigenaar of erfpachter van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht zal naar ik meen hetzelfde worden bedoeld. Wél is het interessant om te vermelden dat in het Besluit financiële bepalingen bodemsanering een aantal gebeurtenissen niet onder het begrip verwerving vallen.<sup>84</sup>

Omdat het hier primair de vraag naar de omvang van de wetenschap van de verkrijger betreft – en de verhouding rechtsvoorganger–verkrijger (rechtsopvolger) vooral speelt naar aanleiding van eventuele vorderingen van de verkrijger op haar rechtsvoorganger – is de mate waarin de rechtsvoorganger bepaalde mededelingen aan de verkrijger heeft gedaan niet, of in elk geval minder, van belang. Indien de rechtsvoorganger aan de verkrijgende koper of (opvolgende) erfpachter heeft meegedeeld dat er geen sprake is van verontreiniging, dan wel dat hem geen verontreiniging bekend is, kan dit weliswaar een rol spelen in de verhoudingen tussen de contracterende partijen, maar doet dit niet (direct) af aan het aan te nemen objectieve kennisniveau en de onderzoekspllicht rustende op de verkrijger.

<sup>79</sup> Zie daarover uitgebreider par. 7.2.2.

<sup>80</sup> Luidende: “De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn. (...)”.

<sup>81</sup> In *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 60, wordt door de minister over dit vereiste opgemerkt: “Dit vereiste dient met behulp van geobjectiverde maatstaven te worden uitgelegd. Het gaat er dan om wat een in redelijkheid handelende koper gemeten naar het tijdstip van de verkrijging en de professionaliteit van de betrokken partijen had kunnen en dus moeten beseffen. Indien adequaat bodemonderzoek (ten minste aan de standardeisen voldoende) voorafgaand aan de verkrijging uitwijst dat geen verontreiniging te verwachten is, maar na de overdracht van het tegendeel blijkt, wordt ook aan dit vereiste voldaan.”

<sup>82</sup> Zie ook H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 46 lid 1 Wbb, p. 53.

<sup>83</sup> Zie wat betreft de zakelijk rechten boek 5 BW.

<sup>84</sup> Namelijk in geval van omzetting van een rechtsvorm, overdracht van een onderneming binnen een familieverband en verwerving binnen een opvolging onder algemene titel, zie artikel 18 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

Echter, in art. 17 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering wordt wél een directe verwijzing gemaakt naar bepaalde omstandigheden voortvloeiende uit de verwervingsdocumenten, zoals een koop- of erfpachtovereenkomst, die wijzen op een bepaald kennisniveau van de bodemverontreiniging aanwezig bij de koper of erfpachter op het moment van verwerving. Aangezien het hier vereisten voor het in aanmerking komen van subsidieverlening betreffen, kan de subsidieverlenende instantie (de overheid) eisen stellen die verder gaan of anders zijn in vergelijking met de vereisten voor aansprakelijkstelling. De subsidieverlening aan de niet-veroorzakende eigenaar die geen directe of indirecte betrokkenheid bij de veroorzaking van de verontreiniging en ook geen duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker van de verontreiniging had, én die het zakelijk recht op de grond heeft verworven vóór 1 januari 1983, wordt bijvoorbeeld verlaagd indien de desbetreffende eigenaar of erfpachter blijkens de verwervingsdocumenten op de hoogte was van de verontreiniging. De eigenaar of erfpachter zal dus tevens de koopovereenkomst en de notariële akte of het erfpachtcontract moeten overleggen aan de subsidieverlenende overheidsinstantie.<sup>85</sup> Hier is dus duidelijk het subjectieve kennisniveau van de verwerver van belang. In geval van verwerving van het zakelijke recht op de grond ná 1 januari 1983 wordt ook rekening gehouden met de betaalde koopprijs. Indien uit de koopovereenkomst en notariële akte of het erfpachtcontract blijkt dat in verband met de aanwezige bodemverontreiniging de koopprijs van het bedrijfsterrein is verlaagd, wordt deze verlaging in mindering gebracht op de omvang van het subsidiebedrag.<sup>86</sup>

Over de mogelijkheid om een saneringsbevel op te leggen aan de niet-veroorzakende en niet aan de veroorzaker gelieerde eigenaar of erfpachter is zoals gezegd discussie mogelijk, met name over de vraag of het wel redelijk is om aan de nieuwe eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, een zo vergaande last tot (water) bodemsanering op te leggen. Ook in de Eerste Kamer is naar aanleiding van het wetsvoorstel met betrekking tot de invoering van het saneringsbevel destijds de vraag gesteld in hoeverre de mogelijke verhaalbaarheid van de saneringskosten van de eigenaar of erfpachter op de veroorzaker van de bodemverontreiniging een rol speelt bij het al dan niet opleggen van een saneringsbevel aan de eigenaar of erfpachter. De regering beantwoordde deze vraag toen vrij resoluut:

“De eigenaar zal bij een verhaalsactie op grond van onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking geen bijzondere hindernissen op zijn weg vinden. Voorts kunnen acties, bijvoorbeeld, worden gegrond op een contractuele relatie. Vanuit de gedachte, dat een eigenaar niet alleen de lusten van zijn eigendom geniet, maar ook voor de lasten daarvan heeft in te staan, is in het wetsvoorstel het (eventueel) ontbreken van mogelijkheden om verhaal te zoeken bij de veroorzaker, bijvoorbeeld, omdat deze niet meer aanwijsbaar is of geen verhaal biedt, voor zijn risico

<sup>85</sup> Art. 17 lid 3 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering. Zie ook de Nota van Toelichting bij het Besluit financiële bepalingen bodemsanering, p. 41.

<sup>86</sup> Art. 17 lid 4 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

gebracht. Gedeputeerde staten hoeven daarom niet te beoordelen in hoeverre de eigenaar verhaal kan nemen.”<sup>87</sup>

Dezelfde redenering ligt ook weer ten grondslag aan de invoering van art. 55b Wbb wat betreft het opleggen van een kwalitatieve uit de wet voortvloeiende saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter.

Het standpunt van de minister van VROM destijds was wel enigszins onduidelijk. De minister stelde tijdens de behandeling voor de Vaste Commissie voor het Milieubeheer van de Tweede Kamer immers tevens dat het juist onredelijk kan zijn een saneringsbevel aan de eigenaar of erfpachter op te leggen indien deze zich niet meer kan verhalen op de veroorzaker omdat deze er “aantoonbaar niet meer is”, waarmee de minister zal hebben bedoeld dat de veroorzakende (rechts)persoon is ontbonden<sup>88</sup> of overleden. De minister stelde voorts dat “men ervan verzekerd kan zijn dat dit door de (administratieve) rechter beoordeeld zal worden” en dat er dan “immers kennelijk sprake (is) van een onredelijk bevel”.<sup>89</sup> Het standpunt van de minister was dus niet eenduidig. In de hiervoor geciteerde passage werd namelijk door de minister het tegenovergestelde gesteld. Indien door de rechter het hier als tweede vermelde standpunt wordt gevolgd, betekent dit bijvoorbeeld dat aan een nieuwe eigenaar die in het kader van een bedrijfsovername een vervuilde (water)bodem heeft overgenomen geen saneringsbevel kan worden opgelegd indien de verkopende rechtspersoon/veroorzaker is ontbonden. Hoe zich dit precies verhoudt tot het vereiste van art. 63k lid 1 onder c Wbb (en art. 46 lid 1 onder c Wbb), op grond waarvan aan een niet-veroorzakende eigenaar (of erfpachter) wél een (water)bodemsaneringsbevel kan worden opgelegd indien hij ten tijde van de verkrijging van de grond op de hoogte was of had moeten zijn van de vervuiling, is onduidelijk. Indien de koper ten tijde van de koop bijvoorbeeld wetenschap had van de verontreiniging en aan hem een saneringsbevel kan worden opgelegd, kan dit tóch onredelijk zijn, althans, de minister vermoedt dat de bestuursrechter dit als onredelijk zou kunnen beschouwen.<sup>90</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van deze wetgeving is, zoals gezegd, ook gesteld dat deze onmogelijkheid tot kostenverhaal juist weer géén rol speelt bij het opleggen van een saneringsbevel aan

<sup>87</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 26.

<sup>88</sup> Art. 2:19 e.v. BW.

<sup>89</sup> Verslag van de Vaste Commissie voor het milieubeheer, Wet bodembescherming, d.d. 18 maart 1993, *Handelingen TK*, vergaderjaar 1992-1993, UCV, p. 19-18, waarin minister Aalders van VROM stelt: “De heer Van der Vaart heeft gevraagd naar de beroepsprocedure tegen een saneringsbevel, waarin degene die aangesproken wordt zegt dat hij moet kunnen verhalen, terwijl de veroorzaker er aantoonbaar niet meer is. Men kan ervan verzekerd zijn dat dit door de rechter beoordeeld zal worden. Dan is er immers kennelijk sprake van een onredelijk bevel. In de jurisprudentie is iets dergelijks niet onbekend. Uit ervaring weten wij dat verschillend wordt gedacht over datgene wat redelijk is. Het gebeurt wel eens dat hierover na stevig onderhandelingen overeenstemming wordt bereikt. Er zijn nogal wat situaties waarin uiteindelijk de rechter uitmaakt wat redelijk is. Er kan immers een onredelijk deel zijn, zo blijkt uit de jurisprudentie.” Met andere woorden, het opleggen van een (volledig) saneringsbevel aan de eigenaar, niet-veroorzaker (of gedeeltelijk veroorzaker), kan onder omstandigheden onredelijk zijn.

<sup>90</sup> Verslag van de Vaste Commissie voor het milieubeheer, Wet bodembescherming, d.d. 18 maart 1993, *Handelingen TK*, vergaderjaar 1992-1993, UCV, p. 19-18 en p. 19-19.

de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter. Zie hier de onduidelijkheid op dit punt.

In verband met het voorgaande kan men zich nog afvragen of de eigenaar of erfpachter niet aan een (water)bodemsaneringsbevel hoeft te voldoen indien hij zijn saneringskosten vanwege andere gronden dan het ‘niet meer bestaan van de verkopende rechtspersoon’ niet meer kan verhalen op de verkoper.<sup>91</sup> Ik acht het twijfelachtig of een eigenaar of erfpachter aan een saneringsbevel kan ontkomen, indien hij zich op contractuele gronden niet meer kan verhalen op de verkoper. Zou dat wel het geval zijn, dan zouden de contractuele bepalingen (zoals bepaalde uitsluitingsgronden/exoneratieclausules et cetera) de mogelijkheden van het bevoegd gezag om op grond van de art. 63 k lid 1 Wbb en art. 46 lid 1 Wbb een saneringsbevel op te leggen aan een eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, van geval tot geval kunnen verschillen, afhankelijk van hetgeen partijen contractueel zijn overeengekomen. Daarnaast speelt nog het volgende. Stel dat de veroorzakende rechtspersoon er, in de woorden van de regering, ‘niet meer is’, dat wil zeggen ontbonden en vereffend is. Dan rijst ook de vraag tot hoever dit aantoonbare ‘er niet meer zijn’ gaat. Moet de eigenaar of erfpachter eerst om een zogenaamde heropening van de vereffening verzoeken, alvorens aantoonbaar is dat hij geen verhaal meer heeft op de inmiddels niet meer bestaande verkopende rechtspersoon?<sup>92</sup> Dit lijkt wellicht te veel gevraagd maar geheel ondenkbaar is het niet. Met name niet indien de verkopende rechtspersoon pas recentelijk is ontbonden en vereffend, zonder dat sprake is geweest van een faillissement.

#### *De mate van kennis van verontreiniging op het moment van verkrijging of verwerving*

Hoe is de mate van kennis, dan wel de mate van kennis die aanwezig had moeten zijn, op het moment van verkrijging of verwerving van het recht op het grondgebied, objectief vast te stellen? Verontreiniging kan bijvoorbeeld niet zijn ontdekt tijdens een bodemonderzoek voorafgaande aan de overdracht of vestiging van het erfpachtrecht omdat er sprake was van een inadequaat bodemonderzoek.<sup>93</sup> Maar wat zijn precies de maatstaven dienaangaande?

91 Hoekstra noemt de situaties waarin de vordering van de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter op de veroorzaker is verjaard, de veroorzaker terzake geen wanprestatie tegenover de eigenaar/erfpachter heeft gepleegd, of de veroorzaker niet onrechtmatig tegenover de eigenaar of erfpachter heeft gehandeld. Zie J. Hoekstra, ‘De uit te breiden Wet bodembescherming, gezien vanuit provinciaal perspectief’, *Bouwrecht* 1994/1, p. 21, noot 35.

92 Conform art. 2:23c lid 1 BW.

93 Tijdens de parlementaire behandeling werd gesproken over *adequaat* bodemonderzoek, zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 60. H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 46 lid 1 Wbb, p. 53-54, merken hierover op: “Het gaat er dan om wat een redelijk handelende koper gemeten naar het tijdstip van de verkrijging en de professionaliteit van de betrokken partijen had kunnen en dus moeten beseffen. Betrokkene kan dit aantonen aan de hand van objectieveerbare gegevens (welk kennisniveau bestaat normaliter in het verkeer, welke informatievergaring dient plaats te vinden?).”

Er is op het gebied van bodemonderzoek de laatste 20 jaar veel vooruitgang geboekt. Sinds de invoering van het 'Besluit houdende regels met betrekking tot het verplicht bodemonderzoek op in gebruik zijnde bedrijfsterreinen in 1993',<sup>94</sup> is er inmiddels een behoorlijk goed landsdekkend beeld wat betreft de aanwezigheid van bodemverontreiniging ontstaan. Ook de onderzoekstechnieken zijn in de loop der jaren verbeterd.

Het uitvoeren van alleen een oriënterend of oppervlakkig (water)bodemonderzoek ten tijde van een bedrijfsovername kan soms betekenen dat de bedrijfsmatige verkrijger niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht voortvloeiende uit art. 63k lid 1 onder c (en art. 46 lid 1 onder c) Wbb. Er zijn echter situaties denkbaar waarin (water)bodemverontreiniging tijdens het bodemonderzoek niet aan de oppervlakte is gekomen, terwijl het onderzoek op het moment van uitvoering toch als adequaat is te kwalificeren. Hoewel opmerking verdient dat professioneel bodemonderzoek steeds beter beschikbaar is in Nederland en tegenwoordig ook niet zo heel duur meer is, kunnen de resultaten van uitgevoerde bodemonderzoeken flink van elkaar verschillen. Hier blijft dus discussie over mogelijk. In geval van een verontreinigde waterbodem is het wetenschapsvereiste ten aanzien van diegene die op 1 augustus 1995 eigenaar of erfpachter van die waterbodem was niet van belang. Onwetendheid van een dergelijke eigenaar of erfpachter wordt dan aangenomen. Uiteraard blijven de vereisten onder a en b van art. 63k lid 1 Wbb wél toepasbaar.

Bij het opleggen van een saneringsbevel zullen ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol van betekenis spelen.<sup>95</sup> Samenhangend daarmee is tijdens de parlementaire behandeling door de minister van VROM aangegeven dat er een voorkeursvolgorde met betrekking tot de aan te spreken (rechts)personen in acht moet worden genomen.<sup>96</sup> Voorop staat dat eerst aan de veroorzaker een saneringsbevel moet worden opgelegd. Indien dat niet mogelijk blijkt te zijn, zal het saneringsbevel aan de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter dienen te worden opgelegd. Deze voorkeursvolgorde is echter niet wettelijk vastgelegd.<sup>97</sup> Het bevoegd gezag heeft dus een bepaalde beleidsvrijheid ten aanzien van de vraag tot wie het saneringsbevel kan worden gericht. Op het bevoegd gezag rust wat betreft het opleggen van een saneringsbevel wel de inspanningsverplichting om te onderzoeken of het saneringsbevel niet in eerste instantie tot de veroorzaker van de verontreiniging kan worden gericht. Deze keuze van het bevoegd gezag is toetsbaar

<sup>94</sup> Besluit van 25 september 1993, *Stb.* 1993, 602.

<sup>95</sup> Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 17, p. 37, en J. Hoekstra, 'De uit te breiden Wet bodembescherming, bezien vanuit provinciaal perspectief', *Bouwrecht* 1994/1, p. 19.

<sup>96</sup> Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 47-48 en H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 Wbb, p. 43-44.

<sup>97</sup> Dat zou volgens de regering tot te veel bewijstechnische problemen, en daardoor tot vertraging in de aanpak van bodemverontreiniging, leiden. Het invoeren van een wettelijke plicht voor het bevoegd gezag "om per geval dienaangaande onderzoek te verrichten of een bevel tegen andere (rechts-)personen meer in de rede ligt" ging de regering daarom te ver. Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 22-23.

aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het bevoegde gezag mag niet ‘willekeurig’ een saneringsbevel opleggen aan een eigenaar of erfpachter.<sup>98</sup> Het bevel moet in elk geval worden gegeven aan diegene die tot naleving in staat is. Het voorgaande betekent dat niet eerst alle (rechts)middelen hoeven te zijn ingezet tegen de veroorzaker, alvorens de eigenaar of de erfpachter kan worden aangesproken.<sup>99</sup>

Met de invoering van art. 55b Wbb is voormeld dilemma zoals gezegd door de wetgever wat betreft ernstige verontreiniging van bedrijfsterreinen terzijde geschoven: voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter in de zin van art. 55b Wbb, niet-veroorzaker, kan een wettelijke saneringsplicht gelden, waarbij de eigenaar of erfpachter zelf moet proberen de kosten te verhalen op de veroorzaker van de verontreiniging. Het risico van het niet verhaalbaar zijn van de saneringskosten op de veroorzaker van de bodemverontreiniging en/of de rechtsvoorganger rust dan bij de tot sanering gedwongen bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker.

Aangezien voor historische verontreiniging ontstaan vóór 1975 subsidie kan worden verstrekt tot maximaal 60% (70% voor midden- en kleinbedrijven) van de totale saneringskosten, zou het wat betreft gerechtelijk procedures ingesteld door eigenaren of erfpachters tegen veroorzakende rechtsvoorgangers in de praktijk wel eens mee kunnen vallen. Maar indien het gaat om ná 1 januari 1975 ontstane bodemverontreiniging, kan er nog wel eens een discussie ontstaan. De Nederlandse Staat mag immers van de Europese Commissie géén subsidie verstrekken betreffende verontreinigingsgevallen ontstaan ná 1 januari 1975 (zie art. 11 lid 1 onder a van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering).<sup>100</sup>

98 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 37: “Ten eerste impliceert de voorgestane beleidsmatige voorkeursvolgorde niet, dat de betrokken overheden zich ontslagen zouden mogen voelen van een inspanningsverplichting om in concrete gevallen te onderzoeken of het saneringsbevel niet primair tot de veroorzaker zou kunnen worden gericht. In de tweede plaats houdt het niet wettelijk vastleggen van een voorkeursvolgorde niet in, dat de overheid geheel vrijwillig haar gang zal mogen gaan. Immers, zoals bij de memorie van antwoord is opgemerkt, is de uiteindelijke keuze van degene tot wie een saneringsbevel wordt gericht, toetsbaar aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.” Zie ook *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 22-23. Zie hierover ook P.C.M. Heinen en H.E. Woldendorp, ‘Het bodemsaneringsbevel (1), *de Gemeentestem*, 1995, no. 7019, p. 558. Zie over deze voorkeursvolgorde ook Rechtbank Maastricht 2 november 2005, *JM* 2007, 80, m.nt. Bos, r.o. 3.1: “De Wbb heeft als uitgangspunt dat een verontreiniging wordt gesaneerd door en voor rekening van de veroorzaker, indien de veroorzaker niet meer getraceerd kan worden of niet meer kan worden aangesproken voor de verontreiniging is de niet-onschuldige eigenaar of erfpachter verantwoordelijk voor de sanering. Als noch de veroorzaker noch de eigenaar c.q. erfpachter kan worden aangesproken, dient de overheid zorg te dragen voor de sanering.”

99 De wettelijke bepalingen ten aanzien van het saneringsbevel zijn overigens alleen toepasselijk op saneringsprojecten welke van start zijn gegaan ná 1 januari 1995. De bepalingen zien niet op saneringen welke zijn afgerond dan wel zijn gestart vóór 1 januari 1995. Dit is immers de datum waarop het saneringsbevelinstrument wettelijk werd ingevoerd. Zie ook P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Beltem, *Aansprakelijkheid in de Wet Bodembescherming*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 4, Gouda Quint BV, 1994, p. 17.

100 Tijdens het gesprek dat ik op 22 augustus 2006 in Den Haag had met mevrouw A.C. Havinga-Smilde, coördinator van het juridisch cluster bodemsanering bij het ministerie van VROM/DGM, vertelde zij mij dat de Europese Commissie alleen subsidieverlening door de Nederlandse overheid met betrekking tot bodemverontreiniging veroorzaakt vóór 1 januari 1975 toestaat. Ná 1 januari 1975 mag en kan de Nederlandse overheid op grond van het Nederlandse recht de saneringskosten verhalen op de veroorzaker, dus mag er geen sprake meer zijn van subsidieverlening, aldus de redenering van de Europese Commissie.



Welke consequenties heeft het voorgaande voor situaties waarin ingevolge de Wet bodembescherming saneringsplichtige bedrijven worden overgenomen?

### 3.3.5 *De aandelentransactie*

Indien er sprake is van een aandelentransactie is de situatie eenvoudig: een reeds opgelegd saneringsbevel blijft gelden voor de vennootschap wier aandelen worden verkocht. Er vindt immers geen verandering plaats ten aanzien van de rechtspersoon/vennootschap (de veroorzaker, eigenaar of erfpachter) plaats, maar alleen op het niveau van de aandeelhouders van de vennootschap. Ten aanzien van het bepaalde in art. 63k lid 1 onder c (en art. 46 lid 1 onder c) Wbb<sup>101</sup> zal er van uit moeten worden gegaan dat met ‘het moment van verkrijging van het recht op het grondgebied’ het moment van verkrijging van de grond door de vennootschap wier aandelen zijn verkocht is bedoeld, en niet het moment waarop de nieuwe aandeelhouder de aandelen in de vennootschap verkrijgt. De aandelenoverdracht op zichzelf heeft immers geen overdracht van het desbetreffende perceel grond tot gevolg. Dit geldt ook met betrekking tot de subsidieverlening. Deze blijft in stand, want is immers aan de vennootschap toegekend. Art. 11 lid 4 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering mist dan toepassing. Hetzelfde kan worden gezegd ten aanzien van de wettelijke saneringsplicht voortvloeiende uit art. 55b Wbb (zie ook par. 3.3.2.2). Ook hier geldt weer dat in een zogenaamde transfer triggered milieuwet een bepaling ten aanzien van de overdracht van aandelen zou kunnen worden opgenomen, zodat bijvoorbeeld ook in geval van de overdracht van 50% plus 1 van de aandelen in de vennootschap die eigenaar of erfpachter van de verontreinigde grond is, de verplichting tot het uitvoeren van een (verkenning) bodemonderzoek en eventueel het uitvoeren van een bodemsanering geldt. Zie over de mogelijke invoering van dit soort wetgeving in Nederland uitgebreid de hoofdstukken 4 en 5.

### 3.3.6 *De activa/passivatransactie*

Een saneringsbevel opgelegd aan de verkoper van het perceel grond is in principe persoonsgebonden want gericht tot de eigenaar of erfpachter in persoon. Anderzijds kan worden vastgesteld dat saneringsbevelen betrekking hebben op een onroerende zaak – het perceel grond – en in die zin juist zaaksgebonden zijn te noemen. Het is dan ook de vraag of een saneringsbevel al dan niet over gaat op de rechtsopvolger onder bijzondere titel. Soms kan daar onduidelijkheid over ontstaan. De provincie Noord-Holland heeft bijvoorbeeld in 1999 een bodemsane-

---

<sup>101</sup> Waarin in lid 1c, onder punt 1 eveneens wordt bepaald dat een saneringsbevel niet kan worden opgelegd aan de eigenaar of erfpachter van het grondgebied die op het moment van verkrijging van het recht op het grondgebied niet op de hoogte was dan wel redelijkerwijze niet op de hoogte had kunnen zijn van de verontreiniging. De eis van lid 1c, onder punt 1 is niet toepasselijk op de eigenaar of erfpachter die op 1 augustus 1995 eigenaar of erfpachter was van de waterbodem, en ook (als de waterbodem tussentijds is verkocht en overgedragen) diens rechtsopvolgers voldoen aan leden 1a en 1b van artikel 63k Wbb, zie art. 63k lid 1c, punt 2 Wbb.

ringsbevel ingetrokken omdat de eigenaar aan wie het saneringsbevel was gericht, het terrein had verkocht (aan een nieuwe eigenaar die overigens wél voornemens was het terrein te saneren).<sup>102</sup> Aan de beoordeling of een saneringsbevel als zaaksgebonden bevel over gaat op de verkrijger onder bijzondere titel dan wel dat het bevel slechts persoonsgebonden is, zijn nogal wat complicaties verbonden. Deze complicaties gelden nu alleen nog in geval dat een saneringsbevel is opgelegd aan een niet-bedrijfsmatige eigenaar (art. 46 Wbb) en in geval van een waterbodemsaneringsbevel (art. 63k Wbb). Wat betreft de saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter geldt nu immers de wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb.

### Het persoonsgebonden karakter van het saneringsbevel

Het opleggen van een saneringsbevel kan een persoonsgebonden karakter hebben, namelijk indien het is opgelegd aan diegene door wiens handelen een geval van ernstige verontreiniging is veroorzaakt (art. 43 lid 3 onder a Wbb). In dergelijke gevallen moet worden aangenomen dat de verkoop van het vervuilde perceel grond door de veroorzaker van de vervuiling, het aan hem gerichte bevel niet doet vervallen. Wél ontstaat dan de gecompliceerde situatie, dat diegene tot wie het saneringsbevel is gericht (de verkopende veroorzaker) niet meer direct toegang heeft tot de vervuilde (water)bodem. Daaromtrent zullen dan afspraken tussen de veroorzaker/verkoper, de nieuwe eigenaar/koper en het bevoegd gezag moeten worden gemaakt.

Het persoonsgebonden karakter van een saneringsbevel vloeit ook voort uit het bepaalde in de art. 63 k lid 1 en 46 lid 1 Wbb. Immers, het niet kunnen voldoen aan de vereisten van de art. 63k lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb door de eigenaar of erfpachter, ontstaat door persoonlijke omstandigheden betrekking hebbende op die specifieke eigenaar of erfpachter.

### Het zaaksgebonden karakter van het saneringsbevel

Anderzijds heeft het saneringsbevel een zaaksgebonden karakter gezien de gebondenheid van een dergelijk bevel aan het (verontreinigde) perceel grond. Deze zakelijke gebondenheid komt tevens tot uitdrukking in het feit dat dergelijke bevelen conform art. 55 lid 1 Wbb moeten worden ingeschreven in de openbare registers. De afschriften van de bevelen worden op het desbetreffende kantoor door de Dienst voor het kadaster en de openbare registers bewaard en zijn openbaar, zie art. 55 lid 4 Wbb.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> Zie het besluit van 20 juli 1999 van de provincie Noord-Holland, besproken in *TMA* 1999/2, p. 171 en de noot van C.J. van der Wilt daarbij, p. 171-174.

<sup>103</sup> De aard van de aantekening heeft tegenwoordig een bredere werking, zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 40: "Daarmee krijgt de aantekening een andere werking. Het is niet vooral een aan het perceel verbonden last, zoals dit nu vaak wordt beleefd door de woonconsument of makelaar, maar een bron van informatie over in de bodem aanwezige verontreiniging en hetgeen daarover is beschikt door de →

Desalniettemin wordt het saneringsbevel aan een bepaalde (rechts)persoon opgelegd (de veroorzaker, eigenaar of erfpachter). Geconcludeerd kan worden dat het saneringsbevel persoonsgebonden is, en niet automatisch over gaat op de nieuwe eigenaar of erfpachter van de grond. Indien dit anders zou zijn, had de wetgever dat duidelijk in de Wet bodembescherming moeten bepalen, zoals zij heeft gedaan ten aanzien van de wettelijke saneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters (zie art. 55b Wbb).<sup>104</sup> Indien blijkt dat de veroorzaker/rechtspersoon aan wie het saneringsbevel oorspronkelijk is opgelegd deze niet meer kan uitvoeren (de rechtspersoon is bijvoorbeeld insolvent of ontbonden), dan kan onder omstandigheden aan de nieuwe eigenaar of erfpachter wél een *nieuw* saneringsbevel worden opgelegd op grond van art. 63k lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb. Deze mogelijkheid om aan de eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, een nieuw saneringsbevel op te leggen, duidt er (mede) op dat een dergelijk bevel niet van rechtswege overgaat op een verkrijger van het perceel grond onder bijzondere titel.

### Saneringsbevel voor de verkrijger onder bijzondere titel?

Indien er van uit wordt gegaan dat het saneringsbevel persoonsgebonden is en dus niet automatisch over gaat op de verkrijger onder bijzonder titel,<sup>105</sup> kan het bevoegd gezag onder omstandigheden wél aan de nieuwe eigenaar/erfpachter een nieuw onderzoeks- of saneringsbevel opleggen. De doorslaggevende factor is het bepaalde in art. 63k lid 1 onder c en art. 46 lid 1 onder c Wbb. Juist doordat de (water)bodem is verkocht zal de koper/nieuwe eigenaar of erfpachter vaak op de hoogte zijn van de verontreiniging. Deze wetenschap zal bij een professionele koper zijn ontstaan hetzij omdat de verkoper dit hem heeft medegedeeld, hetzij omdat hij zelf onderzoek naar de bodem heeft verricht.

Aangezien op grond van art. 55 Wbb een saneringsbevel moet worden ingeschreven in het openbare register, zal er van uit mogen worden gegaan dat de koper op de hoogte was van een reeds opgelegde saneringsbevel, en dus van de verontreiniging.<sup>106</sup> In het kadaster moet tevens een korte aanduiding van de aard van het onderzoeks-, beveiligings- of saneringsbevel worden weergegeven. Op grond van art. 55 lid 4 Wbb zijn de afschriften van de bevelen aanwezig op het kantoor van de Dienst voor het kadaster en zijn zij openbaar. Uit de afschriften kan blijken of de verkoper/eigenaar of erfpachter is aangesproken als veroorzaker dan wel als

---

overheid. Natuurlijk ontslaat dat de koper niet van zijn informatieplicht, die voortvloeit uit het Burgerlijk wetboek en waar inmiddels de nodige jurisprudentie over is ontstaan. De aantekening in het kadaster versterkt echter der verplichting voor de koper zich te laten informeren door de overheid over de rechten en verplichtingen die aan het perceel zijn verbonden.”

104 Vergelijk C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 119.

105 Zoals ook betoogd door E. Bauw en E.H.P. Brans, *Studiepockets Privaatrecht nr. 47, Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, 3<sup>e</sup> druk, p. 274 en C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 115-118 en p. 268.

106 De aantekening wordt tegenwoordig niet meer verwijderd, zie artikel 55 lid 3 Wbb en *Kamerstukken II* vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 40.

eigenaar of erfpachter. Indien de koper ondanks de aanwezigheid van deze kennis toch besluit de tot de koop over te gaan, zal hij zich uiteraard niet kunnen beroepen op de uitsluitingsgronden zoals vermeld in art. 63k lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb.

In geval van een activa/passivatransactie zal ook contractueel zorg gedragen moeten worden voor de overgang van het recht op subsidie. Het recht op subsidie gaat immers niet automatisch over op de rechtsopvolger onder bijzondere titel (zie art. 11 lid 4 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering).

### 3.3.7 *Overdracht van economische eigendom*

De term economische eigendom is al vaker in dit hoofdstuk de revue gepasseerd, en is zoals gezegd geen wettelijk vastgelegd begrip. Het heeft geen zelfstandige betekenis voor de rechtsverhouding tussen partijen die de economische eigendom in het leven hebben geroepen, aldus de Hoge Raad.<sup>107</sup> Wél is naar aanleiding van art. 46 lid 1 en art. 63k lid 1 Wbb de vraag gerezen of ook tussen de juridisch eigenaar en de economisch eigenaar sprake is van een ‘duurzame rechtsbetrekking’ in de zin van art. 46 lid 1 onder a en art. 63k lid 1 onder a Wbb.

De parlementaire behandeling met betrekking tot art. 46 en art. 63k Wbb zwijgt over de economische eigenaar. In de Handleiding Milieuwetgeving<sup>108</sup> wordt beargumenteerd dat er géén sprake kan zijn van een duurzame rechtsbetrekking tussen de juridische eigenaar en de economische eigenaar, en wel vanwege de volgende redenen: (1) ten eerste wordt er in geval van economische eigendomsoverdracht beoogd om de economische eigenaar alle beheers- en beschikkingsbevoegdheden te verschaffen als ware hij een juridisch eigenaar, en (2) ten tweede heeft de wetgever beoogd het begrip duurzame rechtsbetrekking niet toepasselijk te doen laten zijn op het sluiten van een koopovereenkomst. Aangezien de koopovereenkomst meestal aan de economische eigendomsoverdracht vooraf gaat, zou er geen duurzame rechtsbetrekking tussen de juridisch en economische eigenaar kunnen ontstaan.<sup>109</sup>

107 HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.4: “Het begrip economische eigendom heeft op grond van deze overwegingen geen regeling gevonden in het Burgerlijk Wetboek. Dit begrip moet in het burgerlijk recht daarom worden opgevat als een samenvattende benaming zonder zelfstandige betekenis van de rechtsverhouding tussen partijen die de “economische eigendom” in het leven hebben geroepen (...)” Zie ook HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316, m.nt. PAS, r.o. 3.3.1: “Aan dit een en ander doet niet af dat Onniré wel economisch eigenaar van het pand is geweest, het nu economische eigendom geen eigendom is en met dit begrip slechts wordt bedoeld op het bestaan van een aantal verbintenisrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot een zaak, dat niet in alle gevallen dezelfde inhoud behoeft te hebben.”

108 J. Hofland, C.J. Kleijs en D. Samkalden (red.), *Handleiding Milieuwetgeving. 7 Bodem*, 8.2 Commentaar saneringsregeling wet bodembescherming, commentaar bij artikel 46 lid 1, p. 57 (bijgewerkt tot april 2007).

109 Zie evenzo J. Hoekstra, ‘De uit te breiden Wet bodembescherming, bezien vanuit provinciaal perspectief’, *Bouwwrecht* 1994/1, p. 18, noot 16.

Dit standpunt behoeft naar mijn inzicht nadere nuancerings. Ten eerste, de enkele constatering van het bestaan van een (bloot) juridisch eigenaar en een economische eigenaar die alle beheers- en beschikkingsbevoegdheden ten aanzien van de onroerende zaak heeft, betekent nog niet dat de juridische en economische eigenaar nooit met elkaar in een duurzame rechtsbetrekking in de zin van art. 63k lid 1 onder a Wbb en art. 46 lid 1 onder a Wbb kunnen staan. Een duurzame rechtsbetrekking kan bijvoorbeeld voortvloeien uit een bestuurderspositie of aandeelhouderschap van de juridische eigenaar bij de economische eigenaar.

Ten tweede kan het economisch eigendom voortvloeien uit een financial lease of operational lease constructie. In dergelijke gevallen is er weliswaar sprake van 'economische eigendomsoverdracht', maar heeft de juridische eigenaar soms nog wel enige mate van invloed en zeggenschap over de (onroerende) zaak die onderwerp is van de financial of operational lease. Voormelde vormen van lease hebben zowel eigenschappen van huur als van koop. Met financial lease wordt in het algemeen de overeenkomst aangeduid waarbij de 'lessor' een (onroerende) zaak volledig financiert en daarna voor een bepaalde duur in gebruik geeft aan de 'lessee'. De lessee ('huurder') betaalt voor het gebruik een maandelijks vergoeding (rente en aflossing) aan de lessor ('verhuurder'). De lessor is overigens vaak een aan een bank verbonden financieringsmaatschappij.<sup>110</sup> Het fenomeen leasing is niet in ons (burgerlijk) recht geregeld en is dus ook niet exact te definiëren.<sup>111</sup> Het verschil met huur is dat het bij lease van een onroerende zaak de bedoeling is dat de lessee uiteindelijk eigenaar van de onroerende zaak wordt doordat hij de koopoptie in de lease overeenkomst inroept (en daarnaast vaak een maandelijks aflossing betaalt). In geval van operational lease stelt de lessor de door hem gefinancierde (onroerende) zaak ter beschikking aan de lessee die daarvoor periodieke termijnen betaalt. Operational lease lijkt erg op huur, met dien verstande dat er wel een koopoptie in de lease overeenkomst is opgenomen. Bij financial lease staat juist meer de financiering van de onroerende zaak centraal. Financial lease vindt met name plaats bij specifieke onroerende zaken die voor een beperkte groep geschikt zijn, zoals een bepaalde fabriek of een ziekenhuis.<sup>112</sup> Het is voor een gebruiker van een dergelijk object soms niet rendabel om de onroerende zaak direct in eigendom te verwerven, en de financiering vindt dan plaats via een financieringsmaatschappij. De lessor financiert de onroerende zaak (stel een fabriek) en draagt de econo-

110 Zie G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 47.

111 Kerpestein merkt hier over op: "Er bestaan twee soorten lease: de operationele lease en de financiële lease. Operationele lease lijkt het meest op huur, omdat daarbij het gebruik van het object gedurende een bepaalde duur centraal staat. (...) Operationele lease heeft diverse gedaanten en kan variëren van een kale financieringsovereenkomst met een koopoptie tot een lease met een zeer uitgebreid servicepakket, waaronder het beheer en het onderhoud van het object (de zgn. 'service-lease'). (...) Financiële lease komt minder vaak voor en is anders dan operationele lease want deze variant vertoont kenmerken van huurkoop en een financieringsovereenkomst." Zie G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 48-49.

112 Zie G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 49.

mische eigendom over aan de lessee. De lessee betaalt rente en aflossingen aan de lessor. Aan het einde van de lease periode kan de juridische eigendom worden overgedragen aan de lessee, soms door middel van het inroepen van een koopoptie waarbij de lessee een symbolisch bedrag betaalt aan de lessor.

Het is niet ondenkbaar dat, ondanks de overdracht van de economische eigendom, er via de lease constructie een bepaalde duurzame rechtsbetrekking ontstaat tussen de lessee en de lessor. Met name bij operational lease kan dat het geval zijn, bijvoorbeeld omdat er sprake is van een lease met een uitgebreid servicepakket (service-lease), waardoor de lessor nauw is betrokken bij de verhuurde onroerende zaak. Of er dan altijd sprake is van economische eigendomsoverdracht is wel twijfelachtig. De lessor kan bijvoorbeeld in de lease overeenkomst bepaalde voorwaarden opnemen waaraan de lessee zich moet houden. Met andere woorden, het is mijns inziens niet ondenkbaar dat een lessor onder omstandigheden in een duurzame rechtsbetrekking staat met de lessee in de zin van art. 63k lid 1 onder a (art. 46 lid 1 onder a) Wbb. Deze duurzame rechtsbetrekking kan voortvloeien uit het bepaalde in de lease overeenkomst.

Zoals gezegd (zie par. 3.3.2.2), zijn er goede gronden om aan te nemen dat een economische eigendomsoverdracht niet onder de term overdracht zoals bedoeld in art. 55b Wbb valt. Dat neemt niet weg dat de (bestuurs)rechter in de toekomst mogelijkerwijs kan oordelen dat een juridische constructie die valt aan te duiden als een economische eigendomsoverdracht wél onder de term ‘overdracht’ in de zin van art. 55b Wbb valt.

### 3.3.8 *De juridische fusie en (af)splitsing*

#### *Saneringsbevel*

In geval van een juridische fusie of (af)splitsing moet worden aangenomen dat het reeds opgelegde saneringsbevel automatisch – onder algemene titel – overgaat op de rechtsopvolger. Alle rechten en verplichtingen gaan immers automatisch over op de rechtsopvolger onder algemene titel, ondanks de omstandigheid dat het saneringsbevel persoonsgebonden is.

#### *Art. 55b Wbb*

Dit zal ook ten aanzien van de saneringsplicht voortvloeiende uit art. 55b Wbb gelden. Deze saneringsplicht gaat automatisch over op de verkrijgende rechtspersoon. In geval van een juridische fusie of (af)splitsing is er echter geen sprake van een overdracht, maar van een verkrijging onder algemene titel.<sup>113</sup> Dát betekent dat

---

113 Art. 3:80 lid 2 BW.

indien de rechtsvoorganger in geval van een juridische afsplitsing niet is opgehouden te bestaan, deze niet op grond van art. 55b lid 3 Wbb verantwoordelijk blijft voor de bodemsanering totdat de rechtsopvolger – de afgesplitste rechtspersoon – financiële zekerheid heeft gesteld die is goedgekeurd door het bevoegde gezag. Er is geen sprake van een overdracht, en dus is art. 55b lid 3 Wbb niet toepasselijk.

#### *Besluit financiële bepalingen bodemsanering*

In art. 18 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering wordt, in verband met het vaststellen van de hoogte van de overheidssubsidie, onder verwerving juist niet verstaan een verwerving onder algemene titel, zoals een juridische fusie of (af)splitsing.

#### *Art. 63k lid 1 sub c Wbb en art. 46 lid 1 sub c Wbb*

Aangezien de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 63k lid 1 sub c en art. 46 lid 1 sub c Wbb niet uitdrukkelijk ingaat op de reikwijdte van het begrip verkrijging,<sup>114</sup> mag worden aangenomen dat door de wetgever geen afwijking van de vermogensrechtelijke begrippen in het Burgerlijk Wetboek is beoogd. Het lijkt – gezien de rechtszekerheid en de samenhang binnen ons rechtssysteem – redelijk een specifieke afwijking van begrippen uit het Burgerlijk Wetboek in andere wetten slechts aan te nemen, indien de wetgever dat door middel van die specifieke wetgeving bepaalt. Ook andere persoonsgebonden verplichtingen van de rechtsvoorganger voortvloeiende uit bijvoorbeeld een overeenkomst, gaan automatisch over op de rechtsopvolger onder algemene titel.

Dat de sanering een verplichting van de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon is, lijkt geen twijfel. Deze verplichting blijft in geval van een overgang onder algemene titel in stand. In het geval de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon ‘onschuldig eigenaar’ of ‘onschuldig erfpachter’ in de zin van art. 63k lid 1 of art. 46 lid 1 Wbb was, zal ook de rechtsopvolger onder algemene titel (de fusierechtspersoon, de na de splitsing verkrijgende rechtspersonen of de na de afsplitsing verkrijgende rechtspersoon) deze ‘onschuldigheid’ over nemen. Indien de verkrijgende rechtspersoon reeds bestond en toevalligerwijze de veroorzaker van de verontreiniging was, een duurzame rechtsbetrekking had met de veroorzaker in de periode dat de verontreiniging is veroorzaakt, dan wel (in)direct was betrokken bij de veroorzaking van de verontreiniging, kan aan de verkrijgende rechtspersoon natuurlijk wél een saneringsbevel worden opgelegd. De mogelijkheid tot het opleggen van een nieuw saneringsbevel heeft dan niets van doen met de voor-

---

<sup>114</sup> Zie de wetsgeschiedenis ten aanzien van art. 27d Wbb, uiteindelijk vernummers tot art. 46 Wbb, in het bijzonder *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 60 en *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24-25.

gaande juridische fusie of (af)splitsing. Ook zónder de juridische fusie of (af)splitsing kan immers aan die rechtspersoon een saneringsbevel worden opgelegd.

#### *Gevolgen voor de praktijk*

De situatie waarin een rechtspersoon waaraan een saneringsbevel is opgelegd of waarvoor de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb geldt, besluit tot een juridische fusie, splitsing of afsplitsing verdient extra aandacht. De (af)gesplitste rechtspersoon waarin zich de vervuilde onroerende zaak bevindt blijkt of dreigt bijvoorbeeld minder solvabel te zijn, dan wel de fusiepartner brengt schulden in de fusierechtspersoon zodat de fusierechtspersoon minder solvabel is in vergelijking met de fuserende rechtspersoon waaraan het saneringsbevel oorspronkelijk is opgelegd of waarvoor de wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb oorspronkelijk gold.

Het antwoord op de vraag of het bevoegd gezag die het saneringsbevel heeft opgelegd, of indien er een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb toepasselijk is, zich kan verzetten tegen de juridische fusie of (af)splitsing vanwege het gevaar dat daardoor de uitvoering van de saneringswerkzaamheden gevaar loopt, hangt af van de volgende rechtsvraag: is het bevoegd gezag aan te merken als een schuldeiser in de zin van art. 2:316 BW (juridische fusie) of art. 2:334k BW (juridische (af)splitsing)? Verzet is zinvol (en alleen mogelijk) indien de kans bestaat dat de rechtsoptvolger van de rechtspersoon waaraan het saneringsbevel was opgelegd of waarvoor de saneringsplicht oorspronkelijk gold, de saneringskosten niet kan betalen en de veroorzakende rechtspersoon waaraan het saneringsbevel was opgelegd of waarvoor de saneringsplicht gold door de juridische fusie of (af)splitsing verdwijnt of minder solvabel wordt.

De Nederlandse Staat/het bevoegd gezag zal als schuldeiser in de zin van art. 2:316 BW of art. 2:334l BW verzet kunnen instellen indien zij daadwerkelijk zélf saneringskosten heeft gemaakt op grond waarvan zij de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon kan aanspreken. Probleem is dat het begrip ‘schuldeiser’ in dit verband niet nader is gedefinieerd in de wet, noch de wetgever een nadere toelichting op dit begrip heeft gegeven. Beide regelingen spreken echter over “voldoende waarborgen (...) dat de vordering wordt voldaan”. De wet lijkt er van uit te gaan dat de vordering ten tijde van de juridische fusie of (af)splitsing reeds bestaat. Daarnaast, met de invoering van art. 2:316 BW en art. 2:334l BW zal de wetgever geen regeling voor ogen hebben gehad die een juridische fusie of (af)splitsing al te gemakkelijk kan doorkruisen. Indien ook mogelijke toekomstige vorderingen, zoals die voortvloeiende uit mogelijke saneringskosten van de sanerende overheid, gelegenheid geven tot verzet tegen een juridische fusie of (af)splitsing, schiet de regeling waarschijnlijk haar doelstelling voorbij. Aan de andere kant is het niet ondenkbaar dat, in het vooruitzicht dat op de huidige rechtspersoon een dure saneringsplicht rust, juist door middel van een juridische (af)splitsing getracht wordt onder een dergelijke kostbare plicht uit te komen. De afsplitsende rechtspersoon kan bijvoorbeeld kort na de juridische afsplitsing,



waarbij de vervuilde grond niét is overgedragen, failliet worden verklaard. Tegen dergelijk handelen zou de schuldeiser (overheid) op moeten kunnen komen. Ik concludeer dat, zolang de wetgever of de rechter geen duidelijkheid verschaft ten aanzien van de vraag wie precies als schuldeiser in deze regelingen is aan te duiden en, belangrijker nog, hoe extensief de term ‘vordering’ dient te worden uitgelegd, een strikte uitleg de meest logische is. Dit mede in het licht van de omstandigheden (1) dat het niet de bedoeling zal zijn dat allerlei (toekomstige) schuldeisers de mogelijkheid krijgen een juridische fusie of (af)splitsing te voorkomen én (2) dat altijd nog kan worden teruggevallen op het bewijs van onrechtmatigheid van bepaalde rechtshandelingen (via bijvoorbeeld bestuurdersaansprakelijkheid, zie hoofdstuk 8).

Wat betekent het voorgaande nu in geval van het opleggen van een saneringsbevel of de toepasselijkheid van de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb? Het opleggen van een saneringsbevel of het toepasselijk zijn van de wettelijke saneringsplicht op zich, betekent niet dat het bevoegd gezag als schuldeiser is te beschouwen. Het saneringsbevel of de toepasselijkheid van de wettelijke saneringsplicht is namelijk geen vorderingsrecht. Er is weliswaar een plicht ontstaan voor de veroorzaker, eigenaar of erfpachter, maar dat is iets anders dan het ontstaan van een verbintenis jegens het bevoegd gezag waaruit een vordering voortvloeit (vergelijk de situatie waarin sprake is van ontbinding en vereffening van een rechtspersoon, zie par. 3.3.2.4). Uit het saneringsbevel of de toepasselijkheid van de wettelijke saneringsplicht op zich, kan ook niet direct een toekomstige vordering voortvloeien, nog daargelaten dat een toekomstige vordering niet zonder nadere toelichting van de wetgever of de rechter onder het begrip ‘vordering’ als bedoeld in art. 2:316 BW en art. 2:334l BW valt. Niet nakoming van het publiekrechtelijke saneringsbevel of de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb is derhalve niet gelijk te stellen met het niet nakomen van een verbintenis. Het bevoegd gezag lijdt dan ook niet direct schade vanwege de niet nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit het saneringsbevel of de saneringsplicht. Schade wordt door het bevoegd gezag pas geleden indien zij zélf over gaat tot bodemsanering en daarbij kosten maakt. Pas dán is zij aan te merken als schuldeiser.

#### *De rol van het Openbaar Ministerie in het kader van de Wet op de Economische Delicten*

Maar er is nóg een aspect verbonden aan het opleggen van een saneringsbevel of de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb. Het niet tijdig naleven van een goedgekeurd saneringsplan is namelijk een economisch delict in de zin van de Wet op de Economische Delicten (WED), zie artikel 1a onder ten twee van de WED.<sup>115</sup> Indien aan de te fuseren of (af) te splitsen rechtspersoon vervolgens ingevolge de

---

<sup>115</sup> Luidende: “Economische delicten zijn eveneens: (...) 2. overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: (...) de Wet bodembescherming, de artikelen (...) 43, eerste, derde en vierde lid (...) 55b, eerste lid.”

WED op verzoek van het Openbaar Ministerie een boete is opgelegd door de (straf)rechter,<sup>116</sup> is het de vraag of de Staat (en niet het saneringsbevel of -plicht opleggende bevoegd gezag; het bevoegd gezag legt immers de boete niet op) als schuldeiser in de zin van art. 2:316 BW en art. 2:334l BW is aan te merken. Beantwoording van deze vraag lijkt op het eerste gezicht gemakkelijk. De Staat is schuldeiser van de rechtspersoon waaraan het saneringsbevel is opgelegd of voor wie de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb geldt, aangezien aan die rechtspersoon een boete is opgelegd. De positie van de Staat (het Openbaar Ministerie) is wel een bijzondere, namelijk die van 'straf opleggende instantie'. Het Openbaar Ministerie heeft immers de bevoegdheid om, indien de boete niet (volledig) wordt betaald, zich op 'de voorwerpen van de veroordeelde' het uit hoofde van de opgelegde boete verschuldigde bedrag te verhalen.<sup>117</sup> Door middel van een dwangbevel uitgevaardigd door het Openbaar Ministerie kunnen deze voorwerpen (zaken) zonder gerechtelijk vonnis worden uitgewonnen.<sup>118</sup> Het Openbaar Ministerie heeft zodoende al via het Wetboek van Strafvordering de mogelijkheid om zich, ter voldoening van de boete, te verhalen op onroerende zaken van de niet betalende rechtspersoon. Het uitwinnen van bepaalde onroerende zaken is veel minder vergaand dan het zich verzetten tegen een juridische fusie of (af)splitsing. In die zin zou een dergelijk verzet van het Openbaar Ministerie waarschijnlijk disproportioneel zijn en daarnaast ongegrond, aangezien het Openbaar Ministerie de boete gemakkelijk kan verhalen door middel van het opleggen van een dwangbevel.

Daarnaast zal de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon vaak wel de boete kunnen betalen (deze is immers meestal (veel) lager dan de saneringskosten), zodat het Openbaar Ministerie niet langer als schuldeiser is aan te merken. Anderzijds kan de aankondiging van een juridische fusie of (met name) (af)splitsing door een rechtspersoon waaraan een saneringsbevel is opgelegd of voor wie de saneringsplicht ex art. 55b Wbb geldt wel enige achterdocht wekken bij de rechter. Om deze praktische én tactische reden zou het Openbaar Ministerie tóch in verzet kunnen komen tegen de aangekondigde juridische fusie of (af)splitsing (hetgeen alleen mogelijk is zolang de boete niet is betaald), om op die manier de problematiek onder de aandacht van de rechter te brengen.

---

<sup>116</sup> Conform art. 6 lid 1 WED.

<sup>117</sup> Art. 573 lid 1, eerste volzin, Wetboek van Strafvordering luidt: "Bij gebreken van volledige betaling binnen de ingevolge artikel 561 bepaalde termijn wordt het verschuldigde bedrag, vermeerderd met de verhogingen voorzien in artikel 24b van het Wetboek van Strafrecht, na voorgaande schriftelijke toelichting, op de voorwerpen van de veroordeelde verhaald (...)."

<sup>118</sup> Zie art. 575 leden 1 en 2 van het Wetboek van Strafvordering.

### 3.4 Kostenverhaal na bodemsanering door de overheid

#### 3.4.1 *Kostenverhaal door de overheid via de onrechtmatige daadsactie (art. 75 leden 1 en lid 6 Wbb jo. art. 6:162 BW en art. 6:163 BW)*

Indien er geen sprake is van sanering door een particuliere partij, zal de Staat (of een ander bevoegd gezag) zelf over gaan tot sanering van de ernstig vervuilde grond.<sup>119</sup> Kosten gemaakt vanwege het uitvoeren van bodemonderzoek en/of sanering van ernstig verontreinigde grond, kan de overheid op grond van art. 75 Wbb proberen te verhalen op de onrechtmatig handelende veroorzaker,<sup>120</sup> of op de vanwege de grondsanering ongerechtvaardigd verrijkte. Kostenverhaal vindt dus plaats via rechtsfiguren bekend uit het civiele recht. Voor de uitleg en interpretatie van art. 75 Wbb is tevens de Beleidsregel kostenverhaal, art. 75 Wet bodembescherming, April 2007 (Beleidsregel) van het Ministerie van VROM van belang.<sup>121</sup> De Beleidsregel geeft richtlijnen aan het verhaal zoekende bevoegd gezag, en geeft op die manier het gemeenschappelijke beleid weer waarbinnen de bevoegde gezagen zich moeten houden in het kader van het kostenverhaal.<sup>122</sup> Een (civiele) rechter die moet oordelen over de rechtmatigheid van het kostenverhaal is uiteraard niet gebonden aan de regels zoals vastgelegd in de Beleidsregel.

Art. 75 lid 1 Wbb kan worden gezien als de opvolger van art. 21 IBS.<sup>123</sup> De IBS was de in 1983 ingevoerde tijdelijke bodemwetgeving. Het eerste lid van art. 75 Wbb luidt thans:

“De Staat kan – behoudens matiging door de rechter – de ten laste van het Rijk komende kosten van onderzoek van onderzoeksgevallen en van saneringsonderzoek en sanering van gevallen van ernstige verontreiniging verhalen op degene wiens onrechtmatige daad de verontreiniging of de

<sup>119</sup> Zie art. 30 en art. 48 Wbb.

<sup>120</sup> Hier wordt opgemerkt dat ‘veroorzaker’ in de zin van art. 75 Wbb overigens niet samenvalt met de ‘veroorzaker’ in de zin van art. 43 Wbb. Voor het geven van een saneringsbevel overeenkomstig art. 43 Wbb is niet vereist dat de betrokkene onrechtmatig heeft gehandeld. De vereisten omtrent verjaring, causaliteit, relativiteit et cetera zijn evenmin toepasselijk. Zie H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 lid 1 en 2 Wbb, p. 49.

<sup>121</sup> Zie de *Staatscouranten* van 10 mei 2007, nr. 90, p. 15 en van 15 mei 2007, nr. 93, p. 25. De oorspronkelijke Beleidsregel is geplaatst in de *Staatscourant* van 26 april 2002, nr. 81, p. 23. Zie over de wijzigingen van de Beleidsregel ook F.C.S. Warendorf, ‘Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, ‘Beleidsregel kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming’ na vijf jaar vernieuwd’, *TMA* 2007/4, p. 91-93.

<sup>122</sup> De Beleidsregel schept hierover ook zélf duidelijkheid. In paragraaf 2.2 van de Beleidsregel wordt opgemerkt: “Het belangrijkste doel van de beleidsregel is om richtlijnen te bieden teneinde te komen tot een zorgvuldige, efficiënte en consistente afhandeling van de werkvoorraad kostenverhaal. De beleidsregel kostenverhaal levert hiervoor het inhoudelijke mandaat. Het beleid inzake kostenverhaal moet worden gekwalificeerd als een beleidsregel in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In de beleidsregel kostenverhaal zijn begrenzings aangebracht die elementen/overwegingen bevatten van juridische, beleidsmatige en beheersmatige/financiële aard. Daarnaast beoogt de beleidsregel op een aantal punten duidelijkheid te geven aan provincies en gemeenten die als bevoegd gezag bodemsanering zijn aangewezen in het Besluit aanwijzing bevoegd gezag gemeenten Wet bodembescherming.”

<sup>123</sup> P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Beltem, *Aansprakelijkheid in de Wet Bodembescherming*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 4, Gouda Quint BV, 1997, p. 42. Zie ook par. 3.2 hiervoor.

aantasting van de bodem in het betrokken geval is veroorzaakt en die deswege of anderszins buiten overeenkomst jegens enige overheid krachtens burgerlijk recht aansprakelijk is voor de gevolgen daarvan.”

In de literatuur is discussie ontstaan over de vraag of art. 75 lid 1 Wbb ook toepasselijk is indien er sprake is geweest van nalatig gedrag waardoor verontreiniging of aantasting van de bodem is ontstaan.<sup>124</sup> Aangezien art. 75 lid 1 Wbb haar grondslag vindt in de civielrechtelijke onrechtmatige daadsactie, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat ook nalatig gedrag een onrechtmatige daad kan opleveren,<sup>125</sup> is ook in geval van nalatig gedrag waardoor bodemverontreiniging plaats heeft gevonden art. 75 lid 1 Wbb toepasselijk. De (ruime) formulering (zie ook het laatste zinsdeel van art. 75 lid 1 Wbb) laat naar ik meen geen andere conclusie mogelijk.

Om de veroorzaker op grond van een onrechtmatige daad aan te kunnen spreken, is het zoals gezegd van belang het tijdstip vast te stellen waarop het voor de veroorzaker duidelijk was of behoorde te zijn, dat haar onzorgvuldig handelen vermogensnadeel voor de overheid zou meebrengen (het zogenaamde relativiteitsvereiste, vergelijk art. 6:163 BW).<sup>126</sup> Met andere woorden, welke algemene inzichten (kennis) mochten worden verwacht van diegenen die waren belast met de leiding over (ondernemings)activiteiten waaraan het kenbare gevaar van bodemverontreiniging door afvalstoffen was verbonden? De Hoge Raad oordeelde dat het pas ná 1 januari 1975 duidelijk was dat de overheid – ingeval van bodemverontreiniging – tot actie zou overgaan en voor kosten zou komen te staan.<sup>127</sup> De Hoge

124 Zie bijvoorbeeld J.M. van Dunné en L.J. Smale, ‘Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid naar huidig recht: knelpunten en gerealiseerde oplossingen, Nederlands recht’, in: *Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid. Een vergelijking van Nederlands, Belgisch en Europees recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1998, p. 41-42.

125 Art. 6:162 lid 2 BW.

126 Zie over dit beginsel ook J.M. van Dunné, ‘De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezin naar aanleiding van de arresten *Duwbak Linda* (2004) en *Barneveld – Gasunie* (2007). Een terugblik op *Total* (2002) en *Akzo* (2001) en relativiteit bij bodemvervuiling’, *TMA* 2007/5, p. 123-143.

127 Deze rechtspraak is tot ontwikkeling gekomen naar aanleiding van artikel 21 IBS. In HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 462, m.nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort) oordeelde ons hoogste rechtscollege dat in verband met het relativiteitsvereiste van thans art. 6:163 BW van belang is en dat de rechter dient te onderzoeken of de overheid ten tijde van het veroorzaken van de verontreiniging zich dat saneringsbelang reeds aantrok dan wel dat voor de veroorzaker voldoende duidelijk was of behoorde te zijn dat zij zich dat belang zou gaan aantrekken (zie r.o. 3.2.5 en r.o. 3.2). In zijn uitspraken van 24 april 1992, *NJ* 1993, 643 (Van Wijngaarde/Staat) en *NJ* 1993, 644, m.nt. CJHB (Staat/Akzo Resins) bepaalde de Hoge Raad in r.o. 3.8: “De hiervoor [...] vermelde ontwikkelingen en uitlatingen wettigen de conclusie dat het eerst omstreeks het midden van de jaren zeventig voor degenen die waren belast met de leiding van ondernemingsactiviteiten waarvan het kenbare gevaar van bodemverontreiniging was verbonden, voldoende duidelijk behoorde te zijn dat de overheid haar zorg voor de bodem niet zou beperken tot het invoeren van strengere regelgeving en het bevorderen van verantwoorde methoden van afvoer van afvalstoffen, maar naar aanleiding van ernstige bodemverontreiniging metterdaad tot actie zou overgaan en daardoor voor saneringskosten zou komen te staan. Ter wille van de hanteerbaarheid van de op dit gebied toe te passen regels precificeert de Hoge Raad het voorgaande aldus dat naar zijn oordeel de vereiste duidelijkheid voor ondernemers als vorenbedoeld bestond vanaf 1 jan. 1975. Niet uitgesloten is echter dat in bepaalde gevallen van ernstige bodemverontreiniging de bedoelde duidelijkheid reeds op een eerder tijdstip bestond, maar dit zal slechts kunnen worden aangenomen indien de Staat feiten en omstandigheden stelt – →

Raad bepaalde dat de Staat met feiten en omstandigheden in bepaalde gevallen kan bewijzen dat voormelde duidelijkheid bij de veroorzaker vóór 1 januari 1975 bestond.<sup>128</sup>

De wetgever reageerde op deze uitspraken van de Hoge Raad door middel van het toevoegen van een extra artikellid – de zogenaamde Novelle – aan het destijds tegelijkertijd aanhangige wetsvoorstel.<sup>129</sup> Ondanks het ontbreken van het relativiteitsvereiste ten aanzien van de veroorzaker jegens de overheid (art. 6:163 BW), is er via art. 75 lid 6 Wbb toch kostenverhaal door de Staat mogelijk ten aanzien van gevallen van bodemverontreiniging ontstaan vóór 1 januari 1975. De regering stelde dat de overheid zich de problematiek ten aanzien van ernstige bodemverontreiniging reeds gedurende een eeuw had aangetrokken, en dat bodemsanering van overheidswege in die zin niet onverwacht was te noemen.<sup>130</sup> De overheid die onrechtmatig toegebrachte schade ongedaan maakt, treedt als het ware in de plaats van derden-benadeelden, te weten allen die deze schade hebben geleden of zouden hebben geleden indien zij niet ongedaan zou zijn gemaakt door de overheid, aldus de redenering van de wetgever.<sup>131</sup> Er is echter geen sprake van werkelijke indeplaatstreding (subrogatie) van de overheid. De overheid heeft in deze gedachting immers een eigen vorderingsrecht op de veroorzaker.<sup>132</sup>

De wetgever stelde voorts dat er geen wijziging plaatsvond ten aanzien van de eisen van de onrechtmatigheid zélf. Het relativiteitsvereiste had volgens de wetgever pas betekenis bij de beantwoording van de vraag door wie de pleger van de onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gesteld en is op te vatten als een ontvankelijkheideis.<sup>133</sup> Centraal staat de vraag of de veroorzaker zijn handelen of

---

en bij betwisting bewijst – waaruit volgt dat er voor de veroorzaker reeds op dat eerdere tijdstip concrete aanwijzingen waren dat de verontreiniging de overheid aanleiding zou geven tot het maken van saneringskosten.” Het sluitstuk volgde in HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, m.nt. CJHB (Staat/Shell). De Hoge Raad bevestigde de arresten van 9 februari 1990 (Staat/Van Amersfoort) en 24 april 1992 (Van Wijngaarde/Staat en Staat/Akzo Resins). Voorts bepaalde de Hoge Raad dat de datum van 1 januari 1975 ook geldt voor het (doen) sorteren van afvalstoffen elders (zie r.o. 3.6). Zie ook de op 30 september 1994 gewezen arresten van de Hoge Raad, gepubliceerd in *NJ* 1996, 197, m.nt. CJHB (Staat/Duphar), *NJ* 1996, 198, m.nt. CJHB (Staat/Fasson & Van den Brink) en *NJ* 1996, 199, m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat). Zie bijvoorbeeld recentelijk Rb. Leeuwarden 14 maart 2007, *TMA* 2007/3, p. 74-77, r.o. 5.3.2: (...) “Naar vaste jurisprudentie is immers (slechts) van belang of de veroorzaker van ernstige bodemverontreiniging wist of kon weten dat zijn handelwijze een vermogensnadeel voor de overheid zou meebrengen, waarbij dit nadeel ook kan bestaan uit het maken van saneringskosten en kosten van onderzoek. Voor een veroorzaker van ernstige bodemverontreiniging was of behoorde het vanaf 1 januari 1975 voldoende duidelijk (te zijn) dat zijn handelwijze een dergelijk vermogensnadeel voor de overheid met zich mee zou kunnen brengen.”

<sup>128</sup> Eerst moet uiteraard bewezen worden dat de bodemverontreiniging is veroorzaakt voor 1 januari 1975. Dit bewijs is ook niet altijd eenvoudig te leveren, zie bijvoorbeeld rechtbank Zutphen 26 april 2006, LJN: AX9254, zaaknr. 55758/HA ZA 03-845 en 57815/HA ZA 03-1171, r.o. 8.5.

<sup>129</sup> Zie hierover tevens: N.S.J. Koeman, ‘Milieuprivaatrecht’, in: Ch. Backes e.a. (red.), *Milieuprivaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 525-527.

<sup>130</sup> Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 95, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 12, pp. 30 – 13, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, nr. 14, p. 55-62.

<sup>131</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 58.

<sup>132</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 266d, p. 4.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 51.

nalaten achterwege had dienen te laten, gezien het gevaar of de schadelijkheid van de betrokken stoffen die (i) gezien de gebruikelijke bedrijfsvoering in vergelijkbare bedrijven destijds (state of the industry, art. 75 lid 6, b onder 1 Wbb),<sup>134</sup> en (ii) de stand en de kennis van de wetenschap van destijds (state of the art, art. 75 lid 6, b onder 2 Wbb), haar op grond van objectieve maatstaven bekend had moeten zijn.<sup>135</sup>

Via art. 75 lid 6 onder b Wbb wordt een geobjectiveerde aansprakelijkstelling voor de veroorzaker van bodemverontreiniging in het leven geroepen. Aan de hand van objectieveerbare gegevens (state of industry en state of the art) wordt nagegaan of de veroorzaker van de verontreiniging zich ernstig verwijtbaar niet van de verontreinigende of milieu aantastende gedragingen heeft onthouden. Breuk met het verleden is dat het geen vereiste meer is dat de veroorzaker jegens de overheid onrechtmatig handelde. De invoering van de Novelle rechtvaardigde de wetgever met de opvatting dat, nu de overheid volgens wettelijke opdracht de schadelijke gevolgen van de bodemverontreiniging wegneemt, het redelijk en doelmatig is dat de gedupeerden door de overheid worden vervangen.<sup>136</sup> Door middel van de invoering van art. 75 lid 6 Wbb<sup>137</sup> is kostenverhaal volgens de wetgever in geval van het onzorgvuldig verontreinigen van eigen bedrijfsterreinen mogelijk, onafhankelijk van de vraag of het de veroorzaker voldoende duidelijk was dat de overheid daardoor in de toekomst saneringskosten zou moeten maken.<sup>138</sup> De Novelle was gezien het voorgaande echter niet onomstreden en is pas na uitgebreide discussie tussen de regering en het parlement en na doorvoering van verschillende wijzigingen tot stand gekomen.<sup>139</sup> Art. 75 lid 6 Wbb bepaalt thans het volgende:

“In de gevallen waarin de veroorzaker van een verontreiniging of aantasting niet op grond van het eerste lid aansprakelijk is omdat hij door het verontreinigen of aantasten niet jegens enige overheid onrechtmatig handelde, kunnen de in dat lid bedoelde kosten niettemin door de Staat worden verhaald, indien aan de voorwaarden is voldaan, dat:

- a. de veroorzaker op het moment waarop de verontreiniging of aantasting door zijn toedoen werd veroorzaakt de ernstige gevaren kende die aan de stoffen die de verontreiniging of aantasting hebben veroorzaakt verbonden waren, dan wel deze gevaren behoorde te kennen, en
- b. de veroorzaker met het oog op deze ernstige gevaren zich ernstig verwijtbaar niet van de verontreinigende of aantastende gedragingen heeft onthouden, terwijl, indien deze gedragingen in beroep of bedrijf hebben plaatsgevonden, wat betreft de ernstige verwijtbaarheid in het bijzonder in aanmerking moeten worden genomen:

<sup>134</sup> Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie: Hof Den Bosch 10 februari 1999, *NJ* 2000, 336: “Al met al is naar het oordeel van het Hof niet komen vast te staan, dat De Rouw in zijn bedrijfsvoering in negatieve zin afstak tegenover vergelijkbare galvanische bedrijven in de jaren 1970 tot en met 1973, zodat er geen grond is aansprakelijkheid op grond van art. 75 lid 6 Wbb aan te nemen.”

<sup>135</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 62.

<sup>136</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 65-66.

<sup>137</sup> In de kamerstukken wordt overigens nog gesproken over art. 47 lid 5 Wbb. Dit artikellid is later gewijzigd in art. 75 lid 6 Wbb.

<sup>138</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1993-1994, 21 556, nr. 9b, p. 2.

<sup>139</sup> Zie de discussies weergegeven in *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3 tot en met *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1993-1994, 21 556, nr. 9b.

1. de destijds in vergelijkbare bedrijven gebruikelijke bedrijfsvoering, en
2. de destijds bestaande en voor de veroorzaker redelijkerwijs toepasbare alternatieven.”

Gezien de formulering en strekking van art. 75 lid 6 Wbb, is het denkbaar dat binnen dezelfde bedrijfstak onder omstandigheden voor kleinere bedrijven andere normen gelden dan voor grote, internationale, concerns. Bedrijven zijn immers niet altijd voor alle aspecten als vergelijkbare bedrijven aan te duiden. De verhaalde zoekende Staat zal moeten bewijzen dat ook het desbetreffende kleine bedrijf ten onrechte afweek van de gebruikelijke bedrijfsvoering.<sup>140</sup>

Mede gezien de omstandigheid dat de invoering van art. 75 lid 6 Wbb niet onomstreden was en de wetsgeschiedenis soms onduidelijk is, is de houding van de rechter ten aanzien van art. 75 lid 6 Wbb terughoudend.<sup>141</sup> Uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 2001 (Akzo Nobel Chemicals/Staat)<sup>142</sup> blijkt ten eerste dat de term “ernstige gevaren” in art. 75 lid 6 onder a Wbb volgens de Hoge Raad niet ziet op de gevaren die in het algemeen aan een stof zijn verbonden, maar uitsluitend op gevaren die voor mens en milieu bestaan wanneer de stof in de bodem is gebracht. Ten tweede oordeelde de Hoge Raad in deze uitspraak dat de term “ernstig verwijtbaar” in art. 75 lid 6 onder b Wbb met zich brengt dat er slechts aansprakelijkheid bestaat als er opzettelijk of bewust roekeloos is gehandeld. Het gaat daarbij om gevallen waarin ondanks het bestaan van redelijkerwijs toepasbare alternatieven willens en wetens of met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen, stoffen op of in de bodem zijn gebracht die tot bodemverontreiniging hebben geleid.<sup>143</sup> Met andere woorden, het betreft niet een gewone schuldvraag, maar een verzwaarde versie daarvan.<sup>144</sup> Deze uitleg van ernstige verwijtbaarheid in het kader van art. 75 lid 6 onder b Wbb is door de Hoge Raad bevestigd in een uitspraak van 25 oktober 2002.<sup>145</sup>

140 Zie hierover tevens bijvoorbeeld J.M. van Dunné en L.J. Smale, ‘Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid naar huidig recht: knelpunten en gerealiseerde oplossingen, Nederlands recht, in: *Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid, Een vergelijking van Nederlands, Belgisch en Europees recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1998, p. 35.

141 Vergelijk een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 4 maart 2004, *NJ* 2005, 557, waarin het Hof met betrekking tot de uitgifte van een verontreinigd perceel grond als bedrijfsterrein door de gemeente Den Haag in 1972 oordeelde dat, gezien de omstandigheden van het geval, de gemeente niet onrechtmatig had gehandeld.

142 HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 561, m.nt. CJHB.

143 Zie r.o. 3.3 van HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 561, m.nt. CJHB.

144 Advocaat-Generaal Spier gaat in zijn Conclusie bij dit arrest overigens heel uitgebreid in op art. 75 lid 6 Wbb. Daarbij snijdt hij ook de interessante vraag aan of art. 6 EVRM (eerlijk proces, ‘fair trial’) niet in de weg staat aan ‘reparatie-wetgeving’ met terugwerkende kracht. Immers, art. 75 lid 6 Wbb is duidelijk als reactie op jurisprudentie van de Hoge Raad (*Staat/Van Amersfoort, Van Wijngaarden/Staat, Staat/Akzo Resins*) door de wetgever ontworpen. A.-G. Spier verwijst naar een uitspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg (*Zielinski e.a./Frankrijk*, EHRM 28 oktober 1999), en merkt op dat art. 75 lid 6 Wbb door de wetgever is ingevoerd vanwege onvrede met de rechtspraak van de Hoge Raad. De bepaling probeert ten gunste van de Staat het recht op verhaal met terugwerkende kracht te herzien, waarbij ook wordt ingegrepen in lopende procedures. (Zie de Conclusie van A.-G. Spier onder 3.11 bij HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 561, m.nt. CJHB (Akzo Nobel Chemicals/Staat)). Volgens A.-G. Spier is het gevaar van mogelijk wettelijk ingrijpen door de wetgever in lopende procedures een reden om art. 75 lid 6 Wbb restrictief uit te leggen. Daardoor zou mogelijke strijd met artikel 6 EVRM kunnen worden voorkomen, aldus de advocaat-generaal (zie de Conclusie van A.-G. Spier onder 3.12).

145 HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 211, m.nt. WMK (Staat/Total).

De conclusie van dit alles is dat het ‘gewone’ onrechtmatigheidsregime van art. 75 lid 1 Wbb geldt voor bodemverontreinigingen veroorzaakt ná 1 januari 1975, en het ‘verzwaarde’ onrechtmatigheidsregime van art. 75 lid 6 Wbb voor bodemverontreinigingen veroorzaakt vóór 1 januari 1975. Aangenomen kan worden dat de jurisprudentie ontwikkeld onder de IBS, zoals de arresten gewezen op 30 september 1994 (Staat/Shell, Staat/Duphar, Staat/Fasson & Van den Brink en Van den Brink/Staat), nog steeds gelden met betrekking tot art. 75 lid 1 Wbb.<sup>146</sup> De Staat kan dus, indien zij een beroep doet op art. 75 lid 1 Wbb, met feiten en omstandigheden in concrete gevallen bewijzen dat het de veroorzaker vóór 1 januari 1975 duidelijk was dat de overheid zich de saneringsproblematiek in de toekomst zou gaan aantrekken en zodoende voor kosten zou komen te staan. Op die manier wordt aan het relativiteitsvereiste voldaan. In de praktijk zal de Staat echter in die gevallen niet snel meer een beroep doen op art. 75 lid 1 Wbb, zie ook de Beleidsregel. De Staat of het bevoegd gezag zal in geval van verhaalsacties op grond van onrechtmatige daad een beroep moeten doen op art. 75 Wbb, en niet op art. 6:162 BW. Art. 75 Wbb is immers specifiek ingevoerd door de wetgever met betrekking tot dergelijke verhaalsacties door de Staat of het bevoegd gezag.<sup>147</sup>

#### *Verhaalsacties van private partijen op grond van art. 6:162 BW*

Art. 75 Wbb ziet (uiteraard) alleen op verhaalsacties van de Staat en het bevoegd gezag, derhalve niet op verhaalsacties van private partijen op grond van art. 6:162 BW. De strenge norm van art. 75 lid 6 Wbb met betrekking tot bodemverontreiniging veroorzaakt voor 1 januari 1975, geldt dan niet. Er zal dan op grond van de gangbare regels van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) beoordeeld moeten worden of een veroorzaker van de bodemverontreiniging al dan niet onrechtmatig handelde jegens de schadelijgende private partij.<sup>148</sup> Het is denkbaar dat de ‘1 janu-

<sup>146</sup> Zie bijvoorbeeld P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Beltem, *Aansprakelijkheid in de Wet Bodembescherming*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 4, Gouda Quint BV, 1997, p. 38.

<sup>147</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 22 oktober 2003, LJN: AM2915, rolnummer 9900384 r.o. 7: “Zelfs indien echter – veronderstellenderwijs – zou worden aangenomen dat aan alle vereisten voor onrechtmatig handelen jegens de gemeente is voldaan, is het hof van oordeel dat in het onderhavige geval de gemeente haar vordering niet op grond van art. 6:162 BW – met voorbijgaan aan art. 75 lid 1 Wbb – kan verhalen op [geïntimeerde]. Het hof overweegt daartoe dat, indien zulks wel mogelijk zou zijn, de ongerijmde situatie ontstaat dat de algemene regel van art. 6:162 BW de overheid méér bevoegdheden zou geven, dan het speciaal voor het verhaal van saneringskosten door de overheid geschreven art. 75 Wbb, dat in casu immers niet toepasbaar is omdat niet voldaan is aan de vereisten van dat artikel. Zeker nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder ogen is gezien dat een verhaalsactie op grond van art. 75 Wbb beperkt is tot gevallen van ernstige bodemverontreiniging (EK 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 17), terwijl anderzijds, onafhankelijk van de mate van verontreiniging, de zorgplicht (c.q. saneringsplicht) van art. 13 Wbb altijd geldt, is in dat opzicht kennelijk een zekere discrepantie tussen beide bepalingen aanvaard. Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat een verruiming van het kostenverhaal ex art. 75 Wbb door toepassing van het gemene civiele recht, onaanvaardbaar moet worden geacht. Dit geldt te meer nu de speciale, op het kostenverhaal door de overheid betrekking hebbende, regel van art. 75 lid 1 Wbb, van recenter datum is dan die van art. 6:162 BW.” Zie ook rechtbank Utrecht 30 januari 2002, *NJ* 2002, 179.

<sup>148</sup> Zie bijvoorbeeld rechtbank Utrecht 30 januari 2002, *NJ* 2002, 179, r.o. 4.7: “De rechtbank is van oordeel dat de uitleg, die de Hoge Raad in voormeld arrest heeft gegeven aan de begrippen “ernstige gevaren” en “ernstig verwijtbaar” voor de beoordeling van onderhavige vordering (voor zover deze gebaseerd is op artikel 1401 BW (oud) en is ingesteld door Twickel en NS) minder relevant is nu het schuldbegrip van artikel 1401 BW (oud) anders dan de schuldgradatie als bedoeld in artikel 75 lid 6 sub a Wbb, slechts (enige mate van) verwijt- →



ari 1975-regel' wel invloed kan hebben op de vraag in hoeverre een private partij, die wordt geconfronteerd met (ernstige) bodemverontreiniging en schade dien-aangaande, een succesvol beroep kan doen op art. 6:162 BW. Ook bijvoorbeeld een gemeente kan zich beroepen op onwetendheid ten aanzien van de ernst van de bodemverontreiniging aanwezig in de door die gemeente uitgegeven bouwgrond, en het gevaar voor de volksgezondheid vanwege die aanwezigheid van verontreiniging, indien de bouwgrond voor 1975 is uitgegeven.<sup>149</sup> Dezelfde redenering kan ook ter sprake komen in geval van veroorzaking van verontreiniging door een private partij voor 1 januari 1975.

### *Wettelijke verjaringstermijn*

Ook ten aanzien van aansprakelijkstelling voor bodemverontreiniging is er sprake van een wettelijke verjaringstermijn. Deze wettelijke verjaringstermijn is maximaal 30 jaar na de gebeurtenis die de schade veroorzaakte, zie art. 3:310, leden 2 en 3 BW:

- “2. Is de schade het gevolg van verontreiniging van lucht, water of bodem (...) dan verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade, in afwijking van het aan het slot van lid 1 bepaalde, in elk geval door verloop van dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.
3. Voor de toepassing van lid 2 wordt onder gebeurtenis verstaan een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak. Bestaat de gebeurtenis uit een voortdurend feit, dan begint de termijn van dertig jaren bedoeld in lid 2 te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan. Bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint deze termijn te lopen na dit laatste feit.”

---

baarheid vereist en derhalve reeds bij een lichtere mate van verwijtbaarheid tot aansprakelijkheid leidt. De rechtbank acht meerbedoelde rapporten van het IVM voor onderhavige beoordeling derhalve wel van belang. In het rapport dat betrekking heeft op de periode 1937-1955 concludeert het IVM samenvattend dat Akzo in de gehele onderzochte periode op de hoogte was, of redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van de gevaren voor mens en milieu van de lozing van grote hoeveelheden kwikhoudend afvalwater op het oppervlaktewater. In het rapport dat betrekking heeft op de periode 1955-1970 concludeert het IVM dat sinds begin jaren vijftig de chronische toxiciteit van organische kwikverbindingen bekend werd, met name door grootschalige vergiftigingen ten gevolge van industriële lozingen en landbouwkundig gebruik en dat Akzo op de hoogte was, of had kunnen zijn, van de gevaren voor mens en milieu voor het storten van HCH en/of met kwik verontreinigd materiaal. Akzo heeft naar het oordeel van de rechtbank deze conclusies op zichzelf onvoldoende weersproken, zodat de rechtbank deze conclusies overneemt en tot de hare maakt. De rechtbank is derhalve van oordeel dat Akzo redelijkerwijs een verwijt treft en dat Akzo daarmee schuld heeft aan haar onrechtmatig handelen.”

<sup>149</sup> Vergelijk Hof Den Haag 4 maart 2004, *NJ* 2005, 557: “6.1 Naar ‘s hofs oordeel is ook in hoger beroep niet aangetoond en kan niet worden aangenomen dat de Gemeente anno 1972 daadwerkelijk wist, althans naar de toenmalige maatstaven en kennis had behoren te weten dat het litigieuze perceel vanuit een oogpunt van volksgezondheid niet of minder geschikt was om als bouwgrond met bedrijfsbestemming te worden uitgegeven. (...) 6.6 De door Meteor en Keijzer nog overgelegde wetenschappelijke publicaties veronderstellen de bekendheid met de locatie, aard en concentratie van de daarin genoemde stoffen, terwijl het hier primair erom gaat of de Gemeente daarmee bekend was of moest zijn. Dat blijkt daaruit niet. De tevens overlegde en geciteerde passages uit de Handleidingen van de gemeenteraad getuigen van een (ontluikende) belangstelling voor en zorg over mogelijke verontreinigingen van water, lucht en bodem wegens de daaraan mogelijk verbonden gevaren voor het milieu, maar dat men zich daarvan destijds reeds bewust was of dat de Gemeente zich destijds reeds bewust had moeten zijn dat de uitgifte als bouwgrond met bedrijfsbestemming van een perceel als het onderhavige uit een oogpunt van volksgezondheid bezwaarlijk was of zou kunnen zijn valt daaruit niet af te leiden.”

Dit kan betekenen dat de aansprakelijkheid nog langdurig kan voortbestaan ná het moment waarop de gebeurtenis heeft plaatsgevonden waardoor de schade is veroorzaakt.<sup>150</sup> Stel dat bijvoorbeeld een bepaalde lekkage in afnemende mate voortdurend heeft plaatsgevonden vanaf 1972 tot 1983 en dat deze lekkage de bodem ernstig heeft vervuild. De verjaringstermijn van 30 jaar voor de totale schade aan de bodem begint dan pas te lopen vanaf 1983 (dus tot 2013).<sup>151</sup>

Een dergelijke verjaringstermijn is alleen van belang in het kader van de verhaalsmogelijkheden van de sanerende overheid. In geval van bijvoorbeeld de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb geldt voormelde termijn niet. Dán is er immers sprake van een wettelijke verplichting voortvloeiende uit de Wbb. Het feit of de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter ten aanzien van wie de wettelijke saneringsplicht geldt de bodemverontreiniging al dan niet heeft veroorzaakt, doet dan immers in principe niet meer ter sprake.

In de Beleidsregel van het ministerie van VROM wordt nog eens duidelijk weergegeven wanneer volgens het ministerie van VROM kostenverhaal door de Staat/het bevoegd gezag op grond van art. 75 lid 1 en lid 6 Wbb mogelijk is. Indien een beroep wordt gedaan op art. 75 lid 1 Wbb moet aan de volgende vereisten zijn voldaan:<sup>152</sup>

- (1) er moet schade zijn voor de Staat vanwege bodemonderzoek op bodemsanering van ernstige bodemverontreiniging;
- (2) die schade moet het gevolg zijn van een handelen of nalaten;

<sup>150</sup> De verjaringstermijn van 30 jaar geldt alleen ten aanzien van de veroorzaker van de vervuiling, zie bijvoorbeeld HR 24 november 2006, *JM* 2007, 81, m.nt. Bos, r.o. 3.3 en 3.4: “3.3. (...) Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de verlengde termijn als bedoeld in art. 3:310 lid 2 BW niet van toepassing is in een geval als het onderhavige waarin de vordering betrekking heeft op schade die het gevolg is van het feit dat de Gemeente een perceel met bodemverontreiniging in het verkeer heeft gebracht zonder dat de Gemeente de verontreiniging zelf heeft veroorzaakt. Deze terughoudendheid bij de toepassing van het tweede lid strookt ook met het uitzonderingskarakter van de daarin opgenomen verjaringstermijn ten opzichte van de algemene verjaringstermijnen van het eerste lid van art. 3:310 BW. 3.4. Anders dan het middel betoogt, staan de bewoordingen van art. 3:310 lid 2 BW aan deze restrictieve uitleg niet aan de weg. Daarin is immers bepaald dat de hier bedoelde bijzondere verjaringstermijn een aanvang neemt na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Gelezen in verband met het derde lid, waarin onder gebeurtenis wordt verstaan “een plotseling optredend feit, een voortdurend feit of een opvolging van feiten”, duidt dit erop dat de verlenging van de verjaringstermijn voor de daarin bedoelde gevallen alleen betrekking heeft op de vordering tot verhaal van schade op degene die aansprakelijk is voor de “gebeurtenis” en die dus de veroorzaker van de schade is.”

<sup>151</sup> Deze lange verjaringstermijn geldt niet ten aanzien van een gemeente die een verontreinigd perceel grond in het verkeer heeft gebracht, zonder dat de gemeente de schade zélf heeft veroorzaakt, zie HR 25 november 2006, *JM* 2007, 81, m.nt. Bos. HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 377, m.nt. C.J.H. Brunner (Plameco), r.o. 3.3.2: “(...) De korte-verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van zijn schade in te stellen en dat daarvoor een daadwerkelijke bekendheid met de schade nodig is en een vermoeden van het bestaan van de schade waarop de vordering betrekking heeft, niet voldoende is. Waar de onderhavige vordering strekte tot vergoeding van de schade die Plameco heeft geleden als gevolg van de verontreiniging, veroorzaakt door de exploitatie van het perceel als vuilstortplaats, heeft het hof voorts met juistheid aangenomen dat de verjaringstermijn pas begon te lopen zodra de benadeelde voldoende zekerheid – die niet absolute zekerheid hoeft te zijn – had gekregen dat de bodem van het perceel op deze wijze is verontreinigd.”

<sup>152</sup> De eerste 7 vereisten zijn terug te vinden in de Beleidsregel uit 2002 (*Staatscourant* 26 april 2002, nr. 81, p. 23). De laatste twee vereisten komen ook terug in de Beleidsregel van 2007. Aangenomen moet worden dat de eerste 7 vereisten algemene eisen voor onrechtmatige daad zijn, en ook thans in acht moeten worden genomen door het verhaal zoekende bevoegd gezag, ondanks de omstandigheid dat zij niet specifiek meer zijn vermeld in de Beleidsregel van 2007.

- (3) er moet sprake zijn van schuld;
- (4) het handelen of nalaten moet onrechtmatig zijn geweest;
- (5) er moet sprake zijn van een causaal verband tussen het handelen (of nalaten) en de schade (dit vereist meestal een uitgebreid historisch onderzoek);
- (6) er moet zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste;
- (7) de vordering mag niet zijn verjaard;
- (8) kostenverhaal wordt in beginsel toegepast ten aanzien van alle ernstige bodemverontreiniging veroorzaakt ná 1 januari 1975; en
- (9) indien de verontreiniging deels vóór en deels ná 1 januari 1975 is veroorzaakt, vindt kostenverhaal van het deel dat ná 1 januari 1975 is veroorzaakt 'pro rata temporis' plaats.

De Beleidsregel geeft ook enkele gevallen waarin het bevoegd gezag af moet zien van kostenverhaal op grond van onrechtmatige daad.

*Risicoaansprakelijkheden: art. 6:173 BW – 6:177 BW*

Buiten bereik van art. 75 Wbb, maar toch van belang om hier te vermelden, zijn de zogenaamde risicoaansprakelijkheden van de bezitter van gebrekkige zaken (art. 6:173 BW), de bezitter van gebrekkige opstallen (art. 6:174 BW), diegene die in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep gevaarlijke stoffen gebruikt of onder zich heeft (art. 6:175 BW),<sup>153</sup> de exploitant van een stortplaats (art. 6:176 BW) en de exploitant van een mijnbouwwerk (art. 6:177 BW). Ook uit deze wetsartikelen kan civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging voor een veroorzaker voortvloeien. Aansprakelijkstelling is dan vrij gemakkelijk aangezien het hier risicoaansprakelijkheden betreft. Wat betreft de risicoaansprakelijkheden genoemd in de art. 6:175 – 6:177 BW geldt dat zij alleen toepasselijk zijn indien de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt heeft plaatsgevonden na de inwerkingtreding van deze wetsartikelen, derhalve ná 1 februari 1995.<sup>154</sup> Wat betreft de art. 6:173 BW en 6:174 BW zal er sprake moeten zijn van aansprakelijkheid op het moment dat de bezitter het gevaar van het gebrek van de zaak of de opstal op het tijdstip van het ontstaan daarvan zou hebben gekend.

*Toerekening van de onrechtmatige daad in geval van bedrijfsopvolging*

Tot slot nog het volgende. De Hoge Raad heeft in een arrest uit 1995 (Roco en Rouwenhorst/Staat), waarbij het ging om een overdracht van een onderneming die een voormalig bedrijfsterrein had verontreinigd, geoordeeld over de mogelijkheid van toerekening van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging op grond van

<sup>153</sup> Zie over art. 6:175 BW ook par. 6.2.2.

<sup>154</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1988-1989, 21 200, nr. 3, 'Memorie van Toelichting, Aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 Nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht water of bodem', p. 14, 15 en 27: Een andere oplossing zou volgens de wetgever niet goed verzekeraar zijn.

onrechtmatige daad van de rechtsvoorganger op de rechtsopvolger.<sup>155</sup> Vóórdat de overdracht plaatsvond, was het bedrijfsterrein ernstig vervuild geraakt door de activiteiten van de onderneming gedreven door de eenmanszaak Rouwenhorst. De Hoge Raad stelde vast dat de schuld voortvloeiende uit een vóór de oprichting van Roco BV door Rouwenhorst gepleegde onrechtmatige daad geen aan deze onderneming verbonden schuld is die automatisch op Roco BV is overgegaan, en dat deze onrechtmatige daad niet mede is komen te rusten op Roco BV als nieuwe eigenaar/drijver van de onderneming. Dit ondanks de nauwe betrokkenheid van Rouwenhorst bij (de oprichting van) Roco BV en zijn positie als enig directeur van Roco BV.<sup>156</sup> Schulden gaan immers niet automatisch over op een ander dan de schuldenaar, aldus de Hoge Raad.<sup>157</sup> Ook de bijzondere aard van de schuld (onrechtmatige veroorzaking van bodemverontreiniging) rechtvaardigt geen uitzondering op dit algemene rechtsbeginsel, tenzij een afwijking van dit stelsel juist uitdrukkelijk in de wet is opgenomen, hetgeen niet het geval was. Daarnaast stelde de Hoge Raad vast dat Roco BV de onrechtmatige daad niet (mede) heeft gepleegd, alleen vanwege de positie (enig bestuurder en oprichter) van Rouwenhorst bij Roco BV:

“Mocht het Hof (...) tot uitdrukking hebben willen brengen dat die handelingen rehtens moeten worden aangemerkt als door Roco (mede)gepleegde onrechtmatige handelingen, omdat Roco de door Rouwenhorst geëxploiteerde onderneming heeft voortgezet en Rouwenhorst nauw betrokken was bij haar oprichting en als directeur belang bij haar onderneming heeft, dan is het Hof ook in zoverre uitgegaan van een opvatting die geen steun vindt in het geldende privaatrecht.”<sup>158</sup>

Mede gezien de problematiek van moeilijke verhaalbaarheid van saneringskosten vanwege gewijzigde eigendomsverhoudingen is ter voorkoming van ‘misbruik van rechtspersoonlijkheid’ het art. 55b Wbb per 1 januari 2006 ingevoerd: de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de grond kan worden verplicht tot bodemsanering in geval spoedige sanering van ernstige verontreiniging noodzakelijk is, waarbij de plicht tot sanering blijft rusten op de (voormalige) eigenaar of erfpachter, ook ná de overdracht van de eigendom of het recht op erfpacht, totdat de opvolgende eigenaar of erfpachter op een door het bevoegde gezag goedgekeurde wijze financiële zekerheid heeft gesteld voor de desbetreffende saneringskosten. Hoewel ook deze nieuwe wetgeving zoals gezegd niet geheel ‘waterdicht’ is, zou in bovengenoemd geval naar huidig recht een wettelijke bodemsaneringsplicht op Roco BV als eigenaar van de grond kunnen komen te rusten. Indien deze plicht reeds op grond van art. 37 Wbb jo. art. 55b Wbb op Rouwenhorst rust (dat kan alleen naar nieuw recht), dan zou deze plicht na de overdracht niet alleen op

155 HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Ma.

156 R.o. 4.4.2 van HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Ma.

157 Daarvoor is immers schuldoverneming noodzakelijk, zie art. 6:155 BW.

158 R.o. 4.4.2 van HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215, m.nt. Ma.

Roco BV, maar ook mede blijven rusten op Rouwenhorst, totdat door Roco BV voldoende financiële zekerheid ten behoeve van de bodemsanering zou zijn gesteld. Let wel, dit geldt dus alleen naar nieuwe recht indien een beschikking als bedoeld in art. 37 lid 1 Wbb is genomen.

3.4.2 *Kostenverhaal door de overheid via de ongerechtvaardigde verrijkingsactie (art. 75 lid 3 Wbb jo. art. 6:212 BW); beleid van de overheid*

Indien de door de overheid gemaakte kosten ten aanzien van bodemonderzoek en bodemsanering niet verhaald kunnen worden op de onrechtmatige veroorzaker via art. 75 lid 1 of lid 6 Wbb, kan de overheid trachten deze kosten te verhalen op diegene die door de bodemsanering of het bodemonderzoek ongerechtvaardigd is verrijkt. Het betreft hier dus de aansprakelijkstelling van een niet-veroorzaker, vergelijk art. 55b Wbb en de art. 63k lid 1 en 46 lid 1 Wbb. Ingevolge art. 6:212 lid 1 BW is er sprake van ongerechtvaardigde verrijking in het volgende geval:

“Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten kosten van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.”

In art. 75 lid 3, eerste volzin, Wbb is bepaald:

“De Staat kan ten laste van het Rijk komende kosten als bedoeld in het eerste lid, overeenkomstig de regels betreffende ongerechtvaardigde verrijking verhalen op degene die door dat onderzoek of die sanering ongerechtvaardigd wordt verrijkt.”

Evenals de hiervoor beschreven onrechtmatige daad begaan door de veroorzaker van bodemverontreiniging, zijn er ten aanzien van de ongerechtvaardigde verrijking in verband met art. 75 lid 3 Wbb vele nuances te constateren. Met name in de periode vóór het verschijnen van de Beleidsregel in 2002 (deze is thans vervangen door een nieuwe versie van 2007), was er onenigheid omtrent de wenselijke uitleg van art. 75 lid 3 Wbb. Er werd onder andere betoogd dat de overheid ten aanzien van transacties (koop) vóór 8 juni 1994, de datum waarop de notitie ‘Ongerechtvaardigde verrijking in verband met bodemsanering’<sup>159</sup> (Notitie) verscheen, alleen in geval van speculatie (met het oog op sanering van de grond door de overheid) een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking kon instellen tegen de eigenaar.<sup>160</sup> De Hoge Raad oordeelde in 2002 (Staat/Daams) echter dat,

159 Brief van de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 22 727, nr. 11, 8 juni 1994. De Notitie is overigens een wetsinterpreterend document. De uiteindelijke uitleg van wettelijke bepalingen zoals art. 75 lid 3 Wbb berust bij de rechter, zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994-1995, 22 727, nr. 12, p. 7 en p. 8 (vraag 18).

160 V. van Ophem, ‘Ongerechtvaardigde verrijkingsacties van de staat’, *TMA* 1999/6, p. 180-189. Van Ophem stelt dat art. 3:14 BW (en art. 6:2 BW) in de weg staat aan kostenverhaal door de overheid in gevallen buiten speculatie van vóór de afgekondigde beleidswijziging van 8 mei 1994. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dan met name het vertrouwensbeginsel, staan in dat geval volgens Van Ophem aan kostenverhaal in de weg.

ook indien de verontreiniging niet door onrechtmatig handelen is veroorzaakt en de eigenaar het betreffende perceel destijds zonder oogmerk van speculatie heeft gekocht, de verrijking van de eigenaar vanwege de uitgevoerde sanering ongerechtvaardigd kan zijn in de zin van art. 75 lid 3 Wbb.<sup>161</sup> De Hoge Raad bepaalde dat er geen rekening hoeft te worden gehouden met de koopprijs betaald door de huidige verrijkte eigenaar, noch met eventuele inflatie. Het gaat slechts om het verschil in waarde van de grond vóór en ná de bodemsanering (de zogenaamde abstract berekende verrijking).<sup>162</sup>

#### *Ongerechtvaardigde verrijking van de economische eigenaar*

In een ander arrest gewezen door de Hoge Raad in 2002 bepaalde de Hoge Raad, onder verwijzing naar de Notitie, dat een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wegens sanering van de bodem ook kan worden gericht tegen de economische eigenaar.<sup>163</sup> Ook in de Notitie<sup>164</sup> en in de wetsgeschiedenis<sup>165</sup> wordt aangegeven dat art. 75 lid 3 Wbb toepasselijk is op anderen dan diegenen die de grond als juridisch eigenaar hebben verkregen of daarvan gebruiker of beperkt gerechtigde zijn. Omdat de inhoud van het begrip economisch eigenaar zoals hiervoor opgemerkt in de praktijk niet geheel vast staat,<sup>166</sup> moet wel goed worden bekeken hoe de belangen tussen de economische en juridische eigenaar onderling zijn verdeeld.

#### *Ongerechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder*

Ook een hypotheekhouder/kredietverschaffer zou ongerechtvaardigd verrijkt kunnen worden vanwege een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering ten aanzien van de verhypothekerde onroerende zaak. De verhypothekerde onroerende zaak kan ná de grondsanering immers meer waard zijn en meer opbrengen na de verkoop, in vergelijking met vóór het plaatsvinden van grondsanering. Immers, indien de waarde van de onroerende zaak vóórdat de grondsanering plaatsvond ontoereikend was om de geldlening ten behoeve waarvan het hypotheekrecht van de kredietverschaffer is gevestigd geheel te dekken, en het verhypothekerde het bedrag van de geldlening ná de uitgevoerde grondsanering wel geheel dekt, kan

161 HR 15 maart 2002, *NJ* 2004, 126, m.nt. WMK, r.o. 3.5.1 (Staat/Daams). Zie over deze uitspraak tevens F.C.S. Warendorf, 'Ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van art. 75 lid 3 Wet bodembescherming', *TMA* 2003/3, p. 63-70 en M.W.L. Simons-Vinckx, 'Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering', *TMA* 2003/3, p. 71-77.

162 Zie in deze zin tevens: F.C.S. Warendorf, 'Kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De redelijkheid van verhaal op de koper-eigenaar', *TMA* 2001/3, p. 68-75 en H.G. von Meijenfelt, 'De redelijkheid van een verrijkingsactie', *TMA* 1997/2, p. 40-44.

163 HR 13 september 2002, *NJ* 2003, 400, m.nt. WMK (Staat/Geveke), r.o. 3.5.2.

164 Zie de Notitie, p. 6.

165 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 58, waar als voorbeeld wordt gegeven dat de Staat ook een vordering moet kunnen instellen tegen een projectontwikkelaar die nooit eigenaar is geweest van de grond.

166 HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. P. van Schilfgaarde. Zie over het begrip economische eigendom ook par. 3.3.7.

worden betoogd dat de kredietverschaffer vanwege de door het bevoegd gezag uitgevoerde saneringswerkzaamheden ongerechtvaardigd is verrijkt in de zin van art. 75 lid 3 Wbb. Hierbij past echter een kanttekening. De hypotheekhouder zou zich immers kunnen verweren met het argument dat hij de verhypothekerde gesaneerde onroerende zaak helemaal niet hoeft uit te winnen, aangezien de hypotheekgever (lener) de contractueel afgesproken rente en aflossing aan de hypotheekhouder betaalt. In hoeverre een dergelijk argument van de hypotheekhouder steekhoudend is in een gerechtelijke procedure, is onduidelijk (zie hierover ook par. 7.4).

Ondanks het feit dat van verrijking van de hypotheekhouder in het voormelde geval eigenlijk geen sprake is, denk ik dat een dergelijke ongerechtvaardigde verrijksactie van het bevoegd gezag ten aanzien van de hypotheekhouder een kans van slagen heeft, zelfs indien de hypotheekhouder niet overgaat tot het uitwinnen van de verhypothekerde onroerende zaak nádat de grondsanering heeft plaatsgevonden. Ik baseer deze stelling op het feit dat het voor het sanerende bevoegd gezag ook mogelijk is om bijvoorbeeld een eigenaar op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken, ondanks de omstandigheid dat de eigenaar de grond niet werkelijk verkoopt en dus niet direct wordt verrijkt. De Beleidsregel gaat er in elk geval wél vanuit dat een hypotheekhouder ongerechtvaardigd verrijkt kan worden vanwege een door het bevoegd gezag uitgevoerd sanering van het verhypothekerde. De Beleidsregel merkt daaromtrent op:

“Het begrip verrijking is een zuiver economisch begrip. Verrijking kan bestaan uit waardestijging van een terrein als gevolg van sanering maar ook uit bespaarde onderzoeks- en saneringskosten, waardestijging van aandelen *en uit meer zekerheid voor de hypotheekbank*.” [cursivering RM]

Of een dergelijke mogelijkheid tot het kunnen aanspreken van een hypotheekhouder/kredietverschaffer ook wenselijk is in het maatschappelijk verkeer, is twijfelachtig te noemen. De rol van hypotheekhouder (banken/financiers) is immers maatschappelijk gezien van groot belang, en het zou het economisch verkeer kunnen benadelen indien hypotheekhouders (te) gemakkelijk zouden kunnen worden aangesproken door het sanerende bevoegd gezag op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Voordeel is dat de potentiële hypotheekhouder wellicht eerst het uitvoeren van een bodemonderzoek door de hypotheekgever (diegene die geld wil lenen) verlangt, alvorens de lening wordt verstrekt. Nadeel is dat dit alles kan leiden tot onverkooptbare – want niet financierbare – (bedrijfs)terreinen. Dit aspect van aansprakelijkstelling/verantwoordelijkstelling van de hypotheekhouder/kredietverschaffer wat betreft verontreiniging van de verhypothekerde onroerende zaak, zal ook in par. 8.5.7 (CERCLA) ter sprake komen.

*Ongerechtvaardigde verrijking van gebruikers; huurders*

Wat betreft de mogelijkheid van het sanerende bevoegd gezag tot het kunnen aanspreken van gebruikers en huurders van de grond (indien zij géén veroorzaker van de bodemverontreiniging zijn): dit lijkt in het algemeen onmogelijk. De Beleidsregel noemt deze categorieën van potentieel ongerechtvaardigd verrijkten niet.

Als voorbeeld kan worden genomen het kunnen aanspreken van een huurder op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Een huurder heeft in principe geen economisch belang bij de waarde van de grond, en kan daarom economisch gezien niet worden verrijkt vanwege de door het bevoegd gezag uitgevoerde bodemsanering (of bodemonderzoek). Wél kan een uitgevoerde bodemsanering de gebruiksmogelijkheden van het gehuurde voor de huurder vergroten. Dit kan met zich brengen dat de huurder een hogere verkoopwaarde van zijn onderneming zou kunnen realiseren indien hij zijn in het gehuurde uitgevoerde onderneming verkoopt. Of dit soort – op zichzelf al moeilijk aantoonbare – van verrijking voldoende is om de huurder aan te kunnen spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking vanwege de door het bevoegd gezag uitgevoerde bodemsaneringswerkzaamheden, lijkt twijfelachtig. Een dergelijke ongerechtvaardigde verrijkingsvordering zal dan op het algemene art. 6:212 BW moeten zijn gebaseerd, en niet zozeer op het specifieke (milieurechtelijke) art. 75 lid 3 Wbb. De specifieke ongerechtvaardigde verrijkingsactie op grond van art. 75 lid 3 Wbb heeft immers betrekking op de (objectief vast te stellen) waardevermindering van de gesaneerde grond vanwege de uitgevoerde saneringswerkzaamheden, en niet zozeer op de waardevermindering van de onderneming uitgeoefend binnen de gehuurde gebouwen die op de grond zijn gevestigd (alhoewel de vermindering van de waarde van die onderneming kan zijn veroorzaakt vanwege de uitgevoerde saneringswerkzaamheden). Ook in die gevallen zijn echter de omstandigheden van het geval van belang. Neem bijvoorbeeld de uitzonderlijke situatie dat de huurder krachtens de bepalingen in de huurovereenkomst gehouden is de grond schoon op te leveren aan de verhuurder aan het einde van de looptijd van de huurovereenkomst, ook indien hij de bodemverontreiniging niet zelf heeft veroorzaakt. Dan kan door de sanerende overheid misschien wel worden gesteld en bewezen dat de huurder ongerechtvaardigd is verrijkt vanwege de door de overheid uitgevoerde bodemsanering. Zie over de contractuele aspecten van verhuur en bodemverontreiniging meer in het algemeen par. 7.6.

*Ongerechtvaardigde verrijking van de voormalige eigenaar*

Volgens de Beleidsregel kan ook een voormalige eigenaar ongerechtvaardigd worden verrijkt vanwege de door het bevoegd gezag uitgevoerde bodemsanering. De Beleidsregel stelt daaromtrent:

“Ook een voormalig eigenaar kan worden verrijkt, bijvoorbeeld door het wegvallen als gevolg van de sanering van claims van de koper aan wie verontreinigde grond was geleverd en een stil-



zwijgende of expliciete saneringsgarantie was verstrekt, vgl. het arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000 (gem. Dordrecht/Stokvast).<sup>167</sup>

Deze conclusie in de Beleidsregel wordt dus indirect uit de uitspraak van de Hoge Raad van 28 april 2000 (Dordrecht/Stokvis) getrokken. *Bloembergen* merkt in een noot onder deze uitspraak hierover het volgende op:

“5. (...) Maar er is een sluitstuk, dat de Hoge Raad nu niet behoefde te plaatsen. Dat zal ik dan maar doen. De gesaneerde eigenaar wordt niet verrijkt, maar de aansprakelijke persoon wel, omdat door de sanering de claim van de eigenaar kleiner is geworden. Het sluitstuk moet daarom zijn dat de saneerder een verhaalsvordering uit ongerechtvaardigde verrijking op de aansprakelijke heeft. Voor dit vorderingsrecht is niet alleen steun te vinden in art. 75 lid 3 Wbb in verbinding met art. 6:212 BW, maar ook in wel geregelde verwante gevallen, zoals art. 6:102 en art. 284 K.”

Met deze mening van *Bloembergen* kan ik verenigen. Dus doordat de voormalige eigenaar niet meer contractueel of buitencontractueel kan worden aangesproken door zijn rechtsopvolger ten aanzien van aanwezige bodemverontreiniging in het verkochte of door een schadelijgende derde, omdat deze bodemverontreiniging is gesaneerd door het bevoegd gezag, wordt de voormalige eigenaar van de grond ongerechtvaardigd verrijkt.

#### *Redelijkheid van het kostenverhaal: beleid van de overheid*

Op grond van de Notitie en de Beleidsregel kan het volgende worden gezegd over de redelijkheid van het kostenverhaal, althans het oordeel over deze redelijkheid naar de mening van de regelstellende overheid die de Notitie en de Beleidsregel heeft opgesteld.<sup>168</sup> Kostenverhaal is ingevolge de Notitie en de Beleidsregel redelijk in gevallen waarin de ongerechtvaardigd verrijkte:

- (1) de verontreiniging heeft veroorzaakt of daarbij (in)direct betrokken was, ook indien de bodemverontreiniging (geheel) vóór 1 januari 1975 is veroorzaakt,<sup>169</sup>
- (2) een duurzame rechtsbetrekking (waaronder een erfpachtrelatie) heeft gehad met de veroorzaker, en hij wist of had kunnen weten dat er sprake was van

<sup>167</sup> *NJ* 2000, 690 m.nt. ARB (Gemeente Dordrecht/Stokvast).

<sup>168</sup> Zie ook Hof Arnhem 9 december 2003 (Geveke/Staat), *TMA* 2004/2, p. 50-57, m.nt. M.W.L. Simons-Vinckx. Deze uitspraak is door het Hof Arnhem gewezen na verwijzing van de Hoge Raad (HR 13 september 2002, *NJ* 2003, 400, m.nt. WMK (Staat/Geveke)). Volgens het Hof geven de wet noch de wetsgeschiedenis aanknopingspunten waaruit in zijn algemeenheid volgt dat op een gemeente of provincie met betrekking tot verhaal van de door de overheid te maken saneringskosten een mededelingsplicht rust ten opzichte van de gebruiker/eigenaar van een terrein waarop van overheidswege bodemsanering plaatsvindt. Echter, alle bijzondere omstandigheden van het geval kunnen er naar redelijkheid en billijkheid toe leiden dat de betrokken overheid tijdig aan Geveke kenbaar maakte dat de mogelijkheid van kostenverhaal op Geveke aanwezig was.

<sup>169</sup> In de Beleidsregel wordt daarbij opgemerkt (par. 3.3): “Daarbij geldt als voorwaarde dat de veroorzaker of degene die betrokkenheid heeft gehad bij de veroorzaking, ten tijde van de sanering eigenaar is/was van het gesaneerde terrein. Deze voorwaarde geldt niet wanneer als gevolg van de sanering de verrijking op andere wijze dan door waardestijging heeft plaatsgevonden, bijvoorbeeld door het wegvallen van claims van de koper aan wie verontreinigde grond was geleverd en een expliciete of stilzwijgende saneringsgarantie was verstrekt.”

bodemverontreinigende handelingen of de mogelijkheid had om op basis van de duurzame rechtsbetrekking in te grijpen, maar dat heeft nagelaten,<sup>170</sup>

- (3) geen schadebeperkende maatregelen heeft getroffen, of
- (4) op het moment van verkrijging van een verontreinigd terrein wist of had kunnen weten dat het desbetreffende terrein verontreinigd was.

De Beleidsregel geeft een toelichting op deze redelijkheidsvereisten. Met de formulering van deze vereisten wordt in elk geval duidelijkheid gegeven ten aanzien van de vraag wanneer het verhaal zoekende bevoegd gezag over zal gaan tot kostenverhaal. De redelijkheidsvereisten zien tevens op situaties van overdracht van verontreinigde grond, en dus ook op situaties van bedrijfsovernames.

– Duurzame rechtsbetrekking

De ongerechtvaardigde verrijkte moet via zijn duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker enige invloed hebben kunnen uitoefenen, maar het hebben nagelaten om deze invloed uit te oefenen. Of dit nalaten verwijtbaar nalaten is, speelt volgens de Beleidsregel geen rol van betekenis. In dit verband wordt opgemerkt dat diegene die de grond in erfpacht uitgaven wisten of hadden kunnen weten dat ná 1 januari 1975 bepaalde activiteiten tot ernstige bodemverontreiniging zouden kunnen leiden.

– Schadebeperkende maatregelen

Indien de ongerechtvaardigd verrijkte geen schadebeperkende maatregelen, zoals het investeren in onroerende zaken buiten het noodzakelijke onderhoud om, heeft genomen kan kostenverhaal op de verrijkte redelijk zijn.

– Wetenschap van de verontreiniging op het moment van verkrijging

Kostenverhaal op degene die ten tijde van verkrijging van (het recht op) een verontreinigd terrein wist of had kunnen weten dat het verontreinigd was, is redelijk. De eigenaar die op het moment van koop niet wist of kon weten dat het terrein was verontreinigd maar ten tijde van de overdracht wel op de hoogte was, kan worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, tenzij hij op grond van een rechtelijke uitspraak verplicht was mee te werken aan de overdracht.

---

170 Incidentele rechtsverhoudingen zoals koop en verkoop vallen niet onder een 'duurzame rechtsbetrekking', erfpachtverhoudingen wel. Zie de Beleidsregel, par. 3.3 en de Notitie, p. 8. Zakenrechtelijke verhoudingen zoals erfpacht en opstal, verbintenisrechtelijke verhoudingen zoals huur en lease, zeggenschap in de veroorzakende vennootschap en voortzetting en opvolging van de (rechts)persoon (ook via erfopvolging) vallen wél onder de term 'duurzame rechtsbetrekking'. Zie de Notitie, p. 8.

171 Warendorf merkt hierover op: "Denk hierbij aan de aandeelhouder die eerder zelf eigenaar van het terrein was en het in een besloten vennootschap heeft ingebracht." Zie F.C.S. Warendorf, 'Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, 'Beleidsregel kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming' na vijf jaar vernieuwd', *TMA* 2007/4, p. 91.

Wetenschap op het moment van overdracht is dus bepalend, tenzij de verrijkte op een eerder moment een ‘aanmerkelijk financieel belang’ heeft verkregen in het nadien gesaneerde terrein. Het begrip ‘aanmerkelijk financieel belang’ is in de Beleidsregel gedefinieerd als een financieel belang van in beginsel meer dan 50% in de onderneming die is verrijkt. Indien diegene met een aanmerkelijk financieel belang op een eerder moment eigenaar was van het verontreinigde terrein, wordt uitgegaan van de wetenschap op het moment van eigendomsverkrijging door deze voormalige eigenaar die nu een aanmerkelijk financieel belang heeft in de nieuwe eigenaar van het terrein.<sup>171</sup>

Het begrip onderneming is niet verder gedefinieerd in de Beleidsregel. Dit begrip zal daarom naar ik meen geïnterpreteerd moeten worden zoals gangbaar in het Nederlandse ondernemingsrecht. *Asser/Maeijer* definiëren het begrip onderneming als “een organisatie waarin kapitaalverschaffers en werknemers onder leiding van een ondernemer of bestuur samenwerken tot de productie van goederen of diensten welke is gericht op een duurzame verwerving van inkomen ten behoeve van de samenwerkenden”.<sup>172</sup> *Van Schilfgaarde* geeft de volgende omschrijving van ‘de onderneming’: “Tegen de achtergrond van het vennootschapsrecht kan als globale omschrijving van het begrip onderneming dienst doen: organisatorisch verband, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer”.<sup>173</sup> Zie ook par. 2.2.2.

Bepalend is dan het tijdstip waarop het eigendomsrecht is verkregen. De volgende jaartallen zijn daarbij volgens de Beleidsregel van belang:

- (1) Bij verkrijging vóór het jaar 1983 (het jaar waarin de IBS werd ingevoerd) wordt de koper die feitelijk op de hoogte was of had kunnen zijn van de bodemverontreiniging aangesproken. De feitelijke wetenschap of het ‘had kunnen weten’ kan blijken uit de omstandigheid dat de koper zelf de veroorzaker van de verontreiniging was, de verontreiniging staat vermeld in de transportakte, de mate van professionaliteit van de koper, er veel publiciteit was omtrent de verontreiniging in de media, kennis van de verontreiniging via getuigenverklaringen, er een zeer lage koopprijs is betaald voor het terrein, bekendheid bij de gemeente en/of provincie omtrent de verontreiniging, et cetera.
- (2) Bij een verkrijging tussen 1983 (het jaar van invoering van de IBS) en 1987 (het jaar van invoering van de zorgplichtbepaling in de Wet bodembescherming, thans artikel 13 Wbb) wordt eerder uitgegaan van de wetenschap van verontreiniging, namelijk bij een ‘op de hoogte was of kunnen zijn’. Ook valt hieronder een professionele koper die door eenvoudig onderzoek, en in geval van een verdacht terrein, door middel van het uitvoeren van een bodemonderzoek, op de hoogte had kunnen zijn van de bodemverontreiniging.

<sup>172</sup> Asser/Maeijer, *Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, De Naamloze en Besloten vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 2000, p. 24 (nr. 16).

<sup>173</sup> P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Gouda Quint, twaalfde druk, 2001, p. 4 (nr. 2).

- (3) In geval van een verkrijging tussen 1987 en 1990 (het jaar waarin het wetsvoorstel tot inbouw van de saneringsregeling in de Wet bodembescherming werd ingediend) geldt hetzelfde, en daarbij dat van de professionele koper wordt verwacht dat hij een bodemonderzoek heeft laten verrichten.
- (4) Bij een verkrijging tussen 1990 en 1993 is iedere koper in beginsel 'niet-onschuldig', met uitzondering van een bewoner of een kleine zelfstandige die ten tijde van de koop niet was voorzien van deskundige bijstand.
- (5) Bij verkrijging ná 1993 wordt iedere koper van een verontreinigd terrein als niet-onschuldig aangemerkt.

Deze opsomming geeft dus slechts het beleid van de overheid (het ministerie van VROM) weer, en is niet te kwalificeren als geldend positief recht in Nederland. De rechter heeft uiteindelijk het laatste oordeel over de uitleg van (wettelijke) bepalingen en regelingen en houdt vaak rekening met alle omstandigheden van het geval. Zo oordeelde het Hof te Leeuwarden dat een redelijk handelend koper er in augustus 1993 op grond van de toen bestaande verhaalspraktijk niet vanuit hoefde te gaan dat de overheid na sanering tot kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking zou overgaan.<sup>174</sup>

*Professionele kopers in de zin van de Beleidsregel vergeleken met bedrijfsmatige eigenaren in de zin van art. 55b Wbb*

Wat opvalt is dat de categorie van professionele kopers in de zin van de Beleidsregel wat betreft de mogelijkheden tot verhaal op de ongerechtvaardigd verrijkte (art. 75 lid 3 Wbb) wordt gespecificeerd. Datzelfde geldt voor de categorieën minder professionele kopers en niet-professionele kopers. Professionele kopers zijn volgens de Beleidsregel: projectontwikkelaars, institutionele beleggers, gemeenten, bedrijven die grond verkrijgen van bedrijven uit dezelfde branche, plaatselijk goed bekend zijnde verkrijgers van verdachte terreinen, makelaars en woningbouwverenigingen. Minder professionele kopers zijn kleine bedrijven die grond verkrijgen van bedrijven uit een andere branche en die niet regelmatig grond aankopen en particulieren die meer dan incidenteel grond aankopen. Niet-professionele kopers zijn particuliere verkrijgers van woningen voor eigen bewoning en kleine bedrijven die grond verkrijgen ten behoeve van de uitvoering van het eigen bedrijf. Zie noot 18 van de Beleidsregel.

---

<sup>174</sup> Hof Leeuwarden 17 december 2003 (Staat/Dekker), *TMA* 2004/4, p. 133-139, met name r.o. 6.2. Zie ook het Hof Leeuwarden 10 december 2003, *JM* 2004, 17, m.nt. Bos (Eimers/Staat). In r.o. 13.3 wordt opgemerkt: "Overigens is het hof van oordeel dat het genoemde uitgangspunt hoe dan ook geldt. Het hof overweegt daartoe dat in de periode waarover het hier gaat, de Staat vrijwel nooit vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking heeft ingesteld tegenover "onschuldige eigenaren" als Eimers BV. Art. 75 lid 3 Wbb was toen nog niet ingevoerd. Weliswaar bood het toen geldende art. 21 lid 3 IBS wellicht ook de mogelijkheid om in een geval als het onderhavige een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen. In de praktijk werd echter geen gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. Pas nadat de eerder genoemde Notitie op 9 juni 1994 het licht zag, is de Staat op ruime schaal gebruik gaan maken van de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking."

Het is van belang – en ook bijzonder te noemen – zich te realiseren dat de categorie van professionele kopers in de zin van de Beleidsregel niet overeenkomt met de categorie van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters ten aanzien van wie een saneringsplicht conform art. 55b Wbb kan gelden, zie art. 55a Wbb. In art. 55a Wbb wordt immers aangehaakt bij het ruime begrip ‘onderneming’ zoals gehanteerd in specifieke belastingwetgeving. Voormeld onderscheid is niet geheel onlogisch te noemen. De saneringsplicht van art. 55b Wbb kan gelden voor eigenaren of erfpachters die daadwerkelijk bedrijfsmatige activiteiten verrichten op het ernstig verontreinigde bedrijfsterrein. In geval van kostenverhaal door de overheid op de ongerechtvaardigde verrijkte professionele koper wordt niet zozeer naar de omstandigheid gekeken of deze professionele koper daadwerkelijk bedrijfsmatige activiteiten verricht, maar in hoeverre deze koper/eigenaar een economisch belang heeft bij de waarde van de grond. De vanwege de uitgevoerde saneringswerkzaamheden gestegen waarde van de grond moet immers worden afgeroomd. Daarom vallen onder die categorie ook institutionele beleggers, makelaars en projectontwikkelaars. Zij kunnen vanwege de saneringswerkzaamheden ongerechtvaardigd worden verrijkt, maar zijn vaak geen bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters in de zin van art. 55a Wbb.

#### *Ernstige bodemverontreiniging*

Inmiddels is duidelijk dat kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking alleen mogelijk is in geval van ernstige bodemverontreiniging. Dit uitgangspunt is logisch te noemen, aangezien anders de eis van ernstige verontreiniging wél geldt ten aanzien van kostenverhaal vanwege onrechtmatig handelen (zie art. 75 lid 1 Wbb) en de wettelijk afdwingbare bodemsanering (art. 43 Wbb en art. 55b Wbb), maar niet ten aanzien van de ongerechtvaardigd verrijkte. Indien de Staat/bevoegd gezag haar vordering niet toegewezen kan krijgen op grond van art. 75 lid 1 Wbb omdat er geen sprake is van ernstige bodemverontreiniging, kan zij dat ook niet op grond van art. 75 lid 3 Wbb. Wél kan het sanerende bevoegd gezag in dergelijke gevallen de eigenaar verzoeken, in geval van sanering van niet-ernstige bodemverontreiniging door het bevoegd gezag, de eventuele vorderingsrechten van de eigenaar op de veroorzaker van niet-ernstige bodemverontreiniging aan de overheid te cederen.<sup>175</sup> Dan heeft de sanerende overheid wél een mogelijkheid om de veroorzaker van niet-ernstige bodemverontreiniging aan te spreken, aangezien haar vordering voortvloeit uit de cessie.<sup>176</sup>

<sup>175</sup> Art. 3:94 BW. Vergelijk HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 413, m.nt. CJHB, r.o. 3.4. Dit betekent niet dat de overheid nooit haar saneringskosten gemaakt vanwege niet-ernstige verontreiniging kan verhalen op de veroorzaker. De Hoge Raad noemt in r.o. 3.4 van deze uitspraak het geval waarin de partij die de schade heeft geleden zijn vordering cedeert op de sanerende overheid. De overheid krijgt dan via deze cessie direct een vordering op de veroorzaker, waarbij het niet hoeft te gaan om ernstige bodemverontreiniging. Het vereiste van ernstige bodemverontreiniging geldt ook niet indien de veroorzaker jegens de overheid zelf, in hoedanigheid van eigenaar van de desbetreffende grond, onrechtmatig heeft gehandeld. Zie voor dit laatste aspect ook de noot van Bos bij HR 25 maart 2005, *JM* 2005, 60, p. 495.

<sup>176</sup> Zie r.o. 3.4 van HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 413, m.nt. CJHB, laatste volzin.

Uit een uitspraak van de Hoge Raad blijkt overigens dat – niet heel verassend – een actie uit ongerechtvaardigde verrijking door de overheid ook mogelijk is als degene die de schade heeft geleden de veroorzaker niet eerst aansprakelijk heeft gesteld op grond van een onrechtmatige daad.<sup>177</sup> In een noot onder dit arrest stelt *C.J.H. Brunner* dat ten aanzien van onderzoekskosten de eis van ernstige verontreiniging niet kan worden gesteld, aangezien dan juist nog niet vaststaat of er sprake is van ernstige verontreiniging.<sup>178</sup> Dit lijkt mij een juiste constatering. Bodemonderzoek wordt juist verricht om te bepalen of er al dan niet sprake is van ernstige bodemverontreiniging, en de verrijking bestaat daarin dat de (ongerechtvaardigd) verrijkte zelf geen onderzoekskosten hoeft te maken.

#### 3.4.3 *Samenloop van kostenverhaal op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking*

Een veroorzaker, die dus onrechtmatig heeft gehandeld, loopt het risico om ook als eigenaar op grond van ongerechtvaardigde verrijking te worden aangesproken. Kostenverhaal op grond van de onrechtmatige daad sluit verhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking immers niet uit. Verhaal kan echter slechts plaatsvinden tot maximaal de gemaakte onderzoeks- en saneringskosten. Indien de veroorzaker een deel voor de onderzoeks- en saneringskosten voor zijn rekening moet nemen omdat hij is aangesproken uit hoofde van een onrechtmatige daad, dient dit bedrag naar evenredigheid op het bedrag dat wordt geclaimd op grond van ongerechtvaardigde verrijking te worden verlaagd. Indien de verrijkte/veroorzaker op basis van een afspraak met de overheid een deel van de saneringskosten vrijwillig voor zijn rekening neemt of een eigen bijdrage betaalt, kunnen deze kosten/bijdrage integraal in mindering worden gebracht op het bedrag dat op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan worden verhaald. Deze afspraak moet dan wel zijn gemaakt vóórdat de sanering heeft plaatsgevonden.<sup>179</sup> Voorts kan de veroorzaker naast de nieuwe eigenaar, die wordt aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, worden aangesproken op grond van de onrechtmatige daad.

<sup>177</sup> Zie r.o. 3.3 van HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 413, m.nt. CJHB. In casu had de overheid direct de grond van een particuliere grondeigenaar gesaneerd, en probeerde zij vervolgens de schade te verhalen op de naastgelegen veroorzaker (huurder), aangezien de huurder ongerechtvaardigd was verrijkt omdat zij geen kosten voor bodemsanering had behoeven te maken. De veroorzaker/huurder was ongerechtvaardigd verrijkt omdat zijn vermogen was toegenomen vanwege het wegvallen van de (mogelijke) schuld aan de buurman. In casu kon de Staat de veroorzakende huurder toch niet aanspreken, aangezien er geen sprake was van ernstige bodemverontreiniging.

<sup>178</sup> Noot bij HR 25 maart 2005, *NJ* 2005, 413.

<sup>179</sup> Beleidsregel, par. 3.4.

### 3.4.4 *De ongerechtvaardigde verrijksactie in het privaatrecht en in de Wbb met elkaar vergeleken*

In deze paragraaf staat de vergelijking tussen de ongerechtvaardigde verrijksactie in enerzijds het civiele recht (art. 6:212 BW), en anderzijds in de Wet bodembescherming (art. 75 lid 3 Wbb) centraal. In de Nederlandse literatuur is er de laatste jaren discussie geweest omtrent de reikwijdte en plaats van art. 6:212 BW<sup>180</sup> in het civiele recht en de reikwijdte van art. 75 lid 3 Wbb in het bodembeschermingsrecht. Deze discussies hebben echter grotendeels gescheiden van elkaar plaatsgevonden. In deze paragraaf worden enige dwarsverbanden tussen deze discussies gelegd. Dit is van belang, aangezien art. 75 lid 3 Wbb verwijst naar de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 6:212 BW.<sup>181</sup> Betekent dit dat aan de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb precies dezelfde uitgangspunten ten grondslag liggen als aan art. 6:212 BW, of dient de (civiele) rechter toch aandacht te besteden aan het feit dat het hier een specifieke milieurechtelijke bepaling betreft? De ongerechtvaardigde verrijksactie is in geval van art. 75 lid 3 Wbb immers toepasselijk indien de overheid zelf is overgegaan tot sanering van de verontreinigde bodem. De overheid kan hiertoe zijn overgegaan omdat bijvoorbeeld de huidige eigenaar of erfpachter van de grond weigerde de grond zelf te saneren. Zou dit aspect tot een andere benadering in vergelijking met de 'gewone' civielrechtelijke ongerechtvaardigde verrijksacties kunnen leiden?

Daarbij mag niet onvermeld blijven dat de hiervoor beschreven Notitie en de Beleidsregel gezien kunnen worden als wetsinterpreterende (beleids)regels over de uitleg van wettelijke voorschriften. De Notitie en de Beleidsregel geven derhalve het door de overheid gewenste beleid weer aan de hand van de uitleg van art. 75 Wbb. De uiteindelijke uitleg van de wettelijke regels berust echter bij de rechter.<sup>182</sup> Ook het feit dat de overheid via beleidsregels tracht invulling te geven aan de inhoud en reikwijdte van de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb, blijkt dat het hier om een specifiek soort van ongerechtvaardigde verrijksactie gaat. Deze beleidsregels geven aan wanneer de overheid (het bevoegd

180 Zie bijvoorbeeld E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, 'De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam ...', *NTBR* 1998/9, p. 309-324, A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad', *WPNR* 2001/6440 en 2001/6441, p. 311-318 en p. 327-334, G.E. van Maanen, 'Ongerechtvaardigde verrijking! Bespreking preadviezen Van Boom en Wissink voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2002/5, p. 174-181, Prof. mr. A.F. Salomons, 'Verrijking, billijkheid en verdeelde gerechtigheid', *WPNR* 2001/6467, p. 993-995, H.C.F. Schoordijk, 'Dwaling, ongerechtvaardigde verrijking, redelijkheid en billijkheid en vermogensverschuivingen om niet', *NTBR* 2001/1, p. 13-16 en de preadviezen van W.H. van Boom en M.H. Wissink, *Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Kluwer, 2002.

181 Vergelijk M.W.L. Simons-Vinckx, 'Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering', *TMA* 2003/3, p. 71. Simons-Vinckx betreurt het dat de rechtsontwikkeling in het algemeen vermogensrecht met betrekking tot de ongerechtvaardigde verrijking vrijwel los staat van de ontwikkeling van de jurisprudentie ten aanzien van het verhaal van bodemsaneringskosten. Zij stelt dat het voor de invulling van dit rechtsbegrip van groot belang is dat alle (civielrechtelijke en bestuursrechtelijke) krachten worden gebundeld.

182 Zie G.A. van der Veen, 'Bodemsanering en ongerechtvaardigde verrijking', *Bouwrecht* 1995/10, p. 813-823, met name par. 8 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994-1995, 22 727, nr. 12, p. 7-8.

gezag) een verhaalsactie zal instellen tegen een vanwege van overheidswege uitgevoerde bodemsanering ongerechtvaardigde verrijkte. Gevolg daarvan is dat marktpartijen (burgers) in elk geval kunnen inschatten wanneer zij niet zullen worden aangesproken door het bevoegd gezag op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

Hiervoor is een overzicht gegeven van de mogelijkheden van verhaal van kosten gemaakt door de Staat vanwege uitgevoerd bodemonderzoek en bodemsanering. Vermeld is dat art. 75 Wbb alleen toepasselijk is indien het bevoegd gezag zélf bodemonderzoek en bodemsanering heeft verricht. In het algemeen zal sanering in eigen beheer (door de eigenaar/erfpachter/veroorzaker) de voorkeur hebben. Er worden dan immers geen directe kosten van overheidswege gemaakt. Soms gaat de overheid tóch zelf over tot onderzoek naar, en sanering van, vervuilde grond.<sup>183</sup> Bijvoorbeeld indien de veroorzaker, eigenaar of erfpachter van de grond niet over gaat tot sanering, of indien het om zeer urgente gevallen van sanering gaat. Na de invoering van het art. 55b Wbb per 1 januari 2006 zal steeds vaker de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, tot het uitvoeren van bodemsanering worden verplicht. Deze ontwikkeling waarbij de niet-veroorzaker wordt aangesproken, sluit eigenlijk precies aan bij de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb. Ook dán wordt immers niet de (onrechtmatige) veroorzaker van de verontreiniging aangesproken tot kostenverhaal, maar juist een niet-veroorzakende ongerechtvaardigd verrijkte, vaak de eigenaar of erfpachter van de van overheidswege gesaneerde grond.

In de volgende paragrafen zal worden ingegaan op de volgende rechtsvragen:

- De redelijkheid en billijkheid die een rol speelt bij de ongerechtvaardigde verrijksactie van de overheid (par. 3.4.4.1).
- Is de actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan te merken als een voor de verhaal zoekende overheid subsidiaire (achtergestelde) verhaalsmogelijkheid ten opzichte van de onrechtmatige daadsactie (par. 3.4.4.2)?
- Zijn er, gezien de omstandigheid dat het hier om een bijzondere ongerechtvaardigde verrijksactie op grond van de Wet bodembescherming gaat, verschillen te constateren tussen de ongerechtvaardigde verrijksactie van enerzijds art. 6:212 BW en anderzijds van art. 75 lid 3 Wbb (par. 3.4.4.3)?

*3.4.4.1 Ongerechtvaardigde verrijking en de door de ongerechtvaardigd verrijkte betaalde koopprijs. De redelijkheid en billijkheid van de ongerechtvaardigde verrijksactie*

Stel dat een koper een perceel grond koopt voor 900 000 euro en na de koop ontdekt dat de grond ernstig is verontreinigd. Vóór de bodemsanering wordt de grond getaxeerd op 0 euro, ná de bodemsanering op 1 000 000 euro. Stel voorts dat de

---

<sup>183</sup> Zie art. 48 Wbb.



overheid saneringskosten heeft gemaakt ad 1 300 000 euro. Het bevoegd gezag kan zich dan volgens de Beleidsregel tot het bedrag van de *abstract* berekende ongerechtvaardigde verrijking ad 1 000 000 euro (1 000 000 euro minus 0 euro) verhalen op de eigenaar. De overige kosten (1 300 000 euro minus 1 000 000 euro = 300 000 euro) blijven voor rekening van het sanerende bevoegd gezag, tenzij deze kosten nog op de veroorzaker kunnen worden verhaald. De Beleidsregel (par. 3.3) meldt over deze abstracte wijze van schadeberekening:

“In veel gevallen bestaat de verrijking uit de waardestijging van een terrein. De waardestijging wordt abstract berekend, er wordt dus niet gekeken naar de werkelijk betaalde koopprijs voor het terrein. Ook in die gevallen waarin de eigenaar de volle prijs heeft betaald voor het terrein – als ware het schoon – is kostenverhaal mogelijk. Het gaat erom wat de waarde was van het terrein vóór respectievelijk na sanering. De waardestijging wordt vastgesteld door middel van een taxatie. Overigens dient te worden opgemerkt dat de gerechtshoven Leeuwarden en Arnhem bij het bepalen van de hoogte van de ongerechtvaardigde verrijking wel betekenis toekennen aan de betaalde koopprijs. Volgens Hof Leeuwarden kan de betaalde koopprijs een aanwijzing zijn voor de waarde in verontreinigde staat (Staat/Eimers).<sup>184</sup> Volgens Hof Arnhem zijn de historische koopprijs en de omstandigheden waaronder deze is betaald, factoren die in ogenschouw kunnen worden genomen in het kader van de redelijkheid van (volledige) toewijzing van de gevorderde schade (Staat/Geveke).<sup>185</sup> De jurisprudentie is op dit punt nog niet uitgekristalliseerd.”

Men kan zich in hierboven beschreven voorbeeld afvragen of:

- (1) tegen de verarming van de sanerende overheid/het bevoegd gezag altijd een werkelijke verrijking van de eigenaar van de grond staat; en
- (2) het verhaal ad 1 000 000 euro op deze eigenaar in een dergelijk geval een bevredigende – want redelijke en billijke – maatschappelijk uitkomst geeft?

<sup>184</sup> Hof Leeuwarden 10 december 2003, *JM* 2004, 17, m.nt. Bos en *TMA* 2004/2, p. 59, m.nt. M.W.L. Simons-Vinckx. In r.o. 13.1 merkt het Hof Leeuwarden op: “Voor zover de Staat bij de bedoelde waardebepaling voorstaat dat geheel geabstraheerd wordt van de feitelijk betaalde koopprijs, volgt het hof de Staat daarin derhalve niet. De door de Staat verdedigde abstractie volgt in elk geval niet uit de wetsgeschiedenis, waarin op dit punt slechts is te lezen dat het feit dat “de verkrijger van verontreinigde grond een tegenprestatie leverde op basis van de waarde van de grond in ‘schone staat’, [...] aan het verhaal niet in de weg [hoeft] te staan” (TK 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 58). Voor de bedoelde abstractie zou wellicht aanleiding kunnen zijn indien er aanwijzingen zijn dat tussen koper en verkoper “constructies” tot stand zijn gebracht, om een eventuele actie van de Staat als hier aan de orde, te ontlopen (vgl. TK 1989-1990, 21 556, nr. 3 (MvT) p. 58), dan wel wanneer een “onredelijke koopprijs” is voldaan (TK 1994-1995, 22 727, nr. 12 p. 2). In het onderhavige geval is echter niets gesteld of gebleken omtrent een dergelijke constructie tussen Eimers BV en haar rechtsvoorganger. Evenmin is op voorhand duidelijk dat een onredelijke koopprijs is voldaan. Ook overigens is door de Staat onvoldoende gemotiveerd waarom de door Eimers BV betaalde koopprijs geen aanknopingspunt zou bieden bij de bepaling van de waarde van het perceel in verontreinigde toestand.”

<sup>185</sup> Hof Arnhem 9 december 2003, *JM* 2004, 19, m.nt. Bos en *TMA* 2004/2, p. 50, m.nt. M.W.L. Simons-Vinckx. In r.o. 3.16 merkt het hof Arnhem op: “De historische koopprijs en de omstandigheden waaronder deze is betaald zijn echter wel factoren die in ogenschouw kunnen worden genomen in het kader van de redelijkheid van (volledige) toewijzing van de gevorderde schade.”

*(1) Verrijking*

Niet gesteld kan worden dat in geval van de abstracte schadeberekening – waarbij geen rekening wordt gehouden met de door de huidige eigenaar in het verleden betaalde koopprijs voor de vervuilde grond<sup>186</sup> – in alle gevallen sprake is van een werkelijke subjectieve verrijking in de omvang waarop de verrijkte door de sanerende overheid kan worden aangesproken. In het hiervoor geschetste geval is de koper in werkelijkheid (subjectief) slechts verrijkt voor een bedrag van 100 000 euro (1 000 000 euro minus de koopprijs ad 900 000 euro), en wordt hij aangesproken voor een bedrag ad 1 000 000 euro. Zijn werkelijke kosten zijn 1 900 000 euro voor een perceel grond dat slechts 1 000 000 euro aan marktwaarde vertegenwoordigt. Nu kan de koper worden verweten ‘dom’ te hebben gehandeld door, stel in 1991, geen goed bodemonderzoek te hebben verricht en een veel te hoge koopprijs te hebben betaald voor de (vervuilde) grond. Indien hij de grond weer zou verkopen zou deze niet veel waard zijn. Ná sanering zal de verkoopopbrengst waarschijnlijk 1 000 000 euro bedragen.<sup>187</sup> Dit neemt niet weg dat de eigenaar die een prijs heeft betaald voor de vervuilde grond als ware deze grond niet vervuild, vaak verlies lijdt indien hij wordt aangesproken door de sanerende overheid op grond van art. 75 lid 3 Wbb. Daarnaast is het mogelijk dat de vervuilde grond te laag is getaxeerd. Wellicht zou een naastgelegen bedrijf of een projectontwikkelaar veel meer voor de vervuilde grond hebben willen betalen dan 0 euro. De abstracte schadeberekening is in dat geval geen correcte afspiegeling van de werkelijkheid, en de berekende waardestijging ad 1 000 000 euro is te hoog vastgesteld.<sup>188</sup> Onder deze omstandigheden is het dus de vraag of er sprake is van een werkelijke (subjectieve) verrijking van de eigenaar, en zo ja, hoe hoog de waarde van deze verrijking is.

De Hoge Raad heeft – in navolging van de wetgever – duidelijkheid trachten te scheppen in zijn hiervoor al vermelde arrest Staat/Daams.<sup>189</sup> In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat het voor de verhaalsactie van de Staat niet van belang is of het terrein grond al dan niet met het oogmerk van speculatie door de koper is verworven. Indien er (achteraf gezien) een te hoge koopprijs is betaald voor de grond, kan de betaalde koopprijs naar de huidige opvatting van de Hoge Raad niet in mindering op de abstract berekende waardestijging worden gebracht.<sup>190</sup> De discussie

186 Zie de Beleidsregel, par. 3.3.

187 Waarbij opmerking verdient dat de grondprijs vaak van vele omstandigheden afhankelijk is, en verontreiniging soms een minder vergaand waardedrukkend effect heeft. Zie over dit aspect van ‘waarde’ par. 5.2.1.

188 Vergelijk G.A. van der Veen, ‘Bodemsanering en ongerechtvaardigde verrijking’, *Bouwrecht* 1995/10, p. 813-823, paragraaf 4, en G.A. van der Veen, ‘Bodemvervuiling en de verplichting tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking’, in: P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Betlem, *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Gouda Quint bv, 1997, p. 67-68.

189 HR 15 maart 2002, *NJ* 2004, 126, m.nt. WMK.

190 Zie in het bijzonder r.o. 3.5.1 van het arrest Staat/Daams. Zie over dit arrest tevens F.C.S. Warendorf, ‘Ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van art. 75 lid 3 Wet bodembescherming’, *TMA* 2003/3, p. 63-70, M.W.L. Simons-Vinckx, ‘Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering’, *TMA* 2003/3, p. 71-77 en M.J.G. van Hintum, ‘Kostenverhaal in ontwikkeling: de Beleidsregel Kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming, gepubliceerd’, *TMA* 2002/4, p. 95-100.

of de ongerechtvaardigde verrijksactie alleen kan worden ingezet om het speculeren met verontreinigde grond tegen te gaan lijkt door de Hoge Raad via zijn arrest Staat/Daams te zijn beëindigd.<sup>191</sup> Overigens merk ik op dat art. 21 lid 2 IBS wél primair was bedoeld om het speculeren met (vervuilde) percelen grond tegen te gaan.<sup>192</sup> Het voorgaande doet echter niet af aan de omstandigheid dat er in bepaalde gevallen geen sprake is van een (werkelijke, concrete) verrijking van de niet-veroorzakende eigenaar.

(2) *De ongerechtvaardigde verrijksactie en de redelijkheid en billijkheid (goede trouw)*

Vervolgens kan de vraag worden gesteld of de ongerechtvaardigde verrijksactie ten opzichte van de niet alerte koper/eigenaar altijd een maatschappelijk aanvaardbaar resultaat oplevert. Met de niet alerte koper/eigenaar doel ik op een koper die ook in de periode dat in Nederland bekend was dat er vervuilde percelen grond waren die in de toekomst misschien gesaneerd moesten worden, geen deugdelijk bodemonderzoek liet uitvoeren en een prijs betaalde als ware de grond niet vervuild. Om de redelijkheid en billijkheid van de ongerechtvaardigde verrijksactie in het milieurecht nader te onderzoeken, is het nuttig een uitstapje te maken naar de discussie ten aanzien van de rol die de redelijkheid en billijkheid spelen in het kader van de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 6:212 BW.

Met name door *Hartkamp*,<sup>193</sup> *Vranken*<sup>194</sup> en *Salomons*<sup>195</sup> is aan de hand van de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad betoogd dat het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking als een concretisering van de redelijkheid en billijkheid is te beschouwen en derhalve een ruim toepassingsbereik heeft. Volgens

191 Deze discussie werd bijvoorbeeld gevoerd door V. van Ophem, 'Ongerechtvaardigde verrijksacties van de staat', *TMA* 1999/6, p. 180-189 en F.C.S. Warendorf, 'Kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De redelijkheid van verhaal op de koper-eigenaar', *TMA* 2001/3, p. 68-75. Van Ophem bepleitte dat art. 3:14 (en art. 6:2) BW in de weg staat aan kostenverhaal door de overheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking in gevallen buiten speculatie van voor de afgekondigde beleidswijziging van 1994 (de Notitie). Warendorf stelt dat daarentegen ook eigenaren die bij aankoop dachten niet getroffen te kunnen worden door een verrijksactie, de verrijking dienen af te dragen. Het vertrouwensbeginsel kan bij deze eigenaren volgens Warendorf pas eerst een rol spelen, wanneer zij aannemelijk kunnen maken dat sprake was van toezeggingen door of namens de Staat dat het instrument in hun geval niet zou worden ingezet.

192 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1982-1983, 16 821, nr. 24, p. 5: "De toevoeging van een tweede lid aan artikel 13 [later vernummert tot artikel 21 IBS, RM] vindt haar oorzaak in de wens het speculeren met onroerend goed in te saneren gebieden tegen te gaan. Door deze bepaling kan winst die ongerechtvaardigd uit sanering zou voortvloeien, worden afgeroomd. De noodzaak daartoe kan zich bijvoorbeeld voordoen indien grond wordt gekocht tegen een prijs die lager is dan de prijs die, ware de grond niet verontreinigd, zou zijn betaald. Na sanering, waardoor de grond zijn oorspronkelijke waarde herkrijgt, zou de rechthebbende daardoor zijn bevoordeeld op kosten van de sanerende overheid. De waarde van dat voordeel kan nu ter delging van de saneringskosten op hem worden verhaald." Zie ook L.F. Doorduijn, J. Hofland en D. Samkalden (red.), *Handleiding Milieuwetgeving*, 8 *Bodem*, Samson HD Tjeenk Willink, 183 HMw, p. 94 (september 1997) en M.W.L. Simons-Vinckx, 'Ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering', *M&R* 1995/3, p. 56-60.

193 A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad', *WPNR* 2001/6440 en 2001/6441, p. 311-318 en p. 327-334.

194 J.B.M. Vranken, 'De strijd om het nieuwe verrijksrecht, Literatuur versus rechtspraak', *NJB* 1998/33, p. 1495-1503.

195 A.F. Salomons, 'Verrijking, billijkheid en verdeelde gerechtigheid', *WPNR* 2001/6467, p. 993-995.

*Hartkamp* heeft de billijkheid die aan de verrijkingsvordering ten grondslag ligt een beperkende werking (een tussen partijen geldende regel wordt niet toegepast) en een corrigerende werking. Deze werking is volgens hem identiek aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid: zij is daarvan een toepassing of concretisering voor het geval van de ongerechtvaardigde verrijking.<sup>196</sup> In navolging van *Hartkamp* stelt *Salomons* dat de door hem gewenste verdelende gerechtvaardigheid via de ongerechtvaardigde verrijkingsactie een belangrijkere rol zou kunnen spelen wanneer deze uit de billijkheid voortkomt. *Hartkamp* en *Salomons* bepleiten derhalve een ruime toepassing van art. 6:212 BW.

Wat is het belang van deze civielrechtelijke discussie voor de ongerechtvaardigde verrijkingsactie op grond van art. 75 lid 3 Wbb? De civielrechtelijke discussie heeft betrekking op de verhoudingen tussen private partijen en tracht redelijke en rechtvaardige oplossingen te geven voor die gevallen die als maatschappelijk ‘ongerechtvaardigd’ (kunnen) worden beschouwd. Indien wordt aangenomen dat een actie uit ongerechtvaardigde verrijking haar grondslag vindt in de redelijkheid en billijkheid en daarvan een concrete uitwerking is, zal dit instrument altijd ingezet kunnen worden in het geval een verrijking bij de één, een maatschappelijk ongewenste verarming teweeg brengt bij de ander. Ik zou uit deze discussie met name het aan de ongerechtvaardigde verrijkingsactie gekoppelde element ‘redelijkheid en billijkheid’ naar voren willen halen.

In de hiervoor weergegeven casus kan deze door *Hartkamp*, *Vranken* en *Salomons* bepleite ruime uitleg van de ongerechtvaardigde verrijking in het bodembeschermingsrecht met betrekking tot de verhaalsmogelijkheden van de Staat/het bevoegd gezag beperkend werken. In bepaalde gevallen kan immers worden betoogd dat het niet redelijk en/of billijk is de eigenaar/niet-veroorzaker aan te spreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In het hiervoor geschetste voorbeeld wordt de eigenaar/niet-veroorzaker vanuit zijn perspectief (subjectief) verarmd: hij heeft 900 000 euro betaald voor het perceel grond en betaalt vervolgens 1 000 000 euro saneringskosten voor een perceel dat niet meer waard is dan 1 000 000 euro in schone (gesaneerde) staat. Ingevolge de abstracte schadeberekening wordt hij echter vanwege de uitgevoerde saneringswerkzaamheden verrijkt. Er is in dit geval echter geen sprake van een concrete en subjectieve verrijking van de eigenaar/niet-veroorzaker, aangezien er in het verleden door hem (achteraf gezien) een te hoge koopprijs is betaald. Het is dan de vraag of de redelijkheid en billijkheid leiden tot een – in *Salomons*’ woorden<sup>197</sup> – verdelende gerechtvaardigheid.

Aan het beleid van de overheid zoals geformuleerd in de Notitie en de Beleidsregel ligt echter een uitgebreide argumentatie ten grondslag. Dat de Staat/het bevoegd gezag niet de kosten ten aanzien van bodemvervuiling in Nederland

196 A.S. Hartkamp, ‘Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad’, *WPNR* 2001/6441, p. 327 en p. 331.

197 A.F. Salomons, ‘Verrijking, billijkheid en verdeelde gerechtigheid’, *WPNR* 2001/6467, p. 993-995.

op zich hoeft te nemen is een redelijk uitgangspunt te noemen. De overheid heeft deze vervuiling immers niet zelf veroorzaakt, en is verder niet financieel gebaat bij de door haar uitgevoerde saneringswerkzaamheden. Zij voert de saneringswerkzaamheden uit op grond van een algemene zorgplicht voor een schoon milieu (vergelijk bijvoorbeeld art. 48 Wbb). Hierbij moet worden bedacht dat de koper ten tijde van de koop een bodemonderzoek had behoren uit te voeren op het moment dat algemeen bekend was dat bodemverontreiniging een groot probleem in Nederland was geworden. In de Beleidsregel zelf wordt een glijdende schaal gegeven waarin een (professionele) koper alert had behoren te zijn ten aanzien van bodemverontreiniging bij aankoop van een perceel grond, lopende vanaf 1975 tot 1993.<sup>198</sup> Het risico ten aanzien van saneringskosten ligt bij de direct betrokkene (de koper/eigenaar/erfpachter van het perceel grond) en niet bij de overheid (en indirect de gemeenschap/belastingbetaler). Men zou dit kunnen omschrijven als het ‘eigenaars- of erfpachtersrisico’, aangezien dat meestal de personen zullen zijn die worden aangesproken op grond van art. 75 lid 3 Wbb. Vergelijk ook de achterliggende gedachte voor het invoeren van een saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter op grond van art. 55b Wbb. Voorts kan de koper/niet-veroorzaker trachten de verkoper en/of veroorzaker van de verontreiniging op grond van wanprestatie, onrechtmatige daad of indien toepasselijk contractuele garantie- en vrijwaringsbepalingen aan te spreken. Ten slotte kan worden gesteld dat de niet oplettende koper er – indien de overheid geen verhaalsactie tegen hem instelt – goed van af komt. Alerte kopers hebben immers wel kosten moeten maken ten tijde van de koop (kosten met betrekking tot bodemonderzoek), en hebben vanwege de geconstateerde bodemverontreiniging soms zelfs afgezien van de koop. Een dergelijk voordeel voor de niet alerte koper zou bezwaarlijk kunnen worden geacht. De niet alerte koper wordt als het ware beloond voor zijn onoplettendheid. Wel kan naar mijn mening worden gesteld dat de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden met zich mee kunnen brengen dat de sanerende overheid niet het gehele objectief berekende bedrag van de verrijking op de ongerechtvaardigd verrijkte verhaalt.

#### 3.4.4.2 *De ongerechtvaardigde verrijkingsactie: een vergeleken de onrechtmatige daadsactie subsidiaire (achtergestelde) verhaalsmogelijkheid?*

Afwijkend van de mening van *Hartkamp*, *Vranken*,<sup>199</sup> *Salomons*, de wetgever<sup>200</sup> én de Hoge Raad,<sup>201</sup> is door *Engelhard* en *Van Maanen* gesteld dat art. 6:212 BW niet

<sup>198</sup> Beleidsregel, par. 3.3.

<sup>199</sup> Vranken merkt overigens niet onterecht op dat in het civiele recht ook vorderingen uit bijvoorbeeld wanprestatie en onrechtmatige daad cumulatief naast elkaar kunnen worden ingesteld: de ene vordering wordt niet achtergesteld bij de andere. Waarom zou de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking dan wel achtergesteld dienen te worden bij een vordering uit wanprestatie of onrechtmatige daad? Art. 6:104 BW biedt de mogelijkheid om in geval van bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad winstafgifte te vorderen. Vranken vraagt zich af waarom de weg via art. 6:212 BW afgesloten of bemoeilijkt moet worden indien langs de weg van art. 6:104 BW kan worden bereikt wat men wil? Zie J.B.M. Vranken, ‘De strijd om het nieuwe verrijktingsrecht, Literatuur versus rechtspraak’, *NJB* 1998/33, p. 1503.

als een zelfstandige regel met een algemene strekking mag worden gezien. Deze regel is volgens deze auteurs aan te duiden als een sluitstuk dat ten doel heeft die gevallen die nog niet in eigen categorieën zijn uitgekristalliseerd, van de hun toekomende plaats te voorzien.<sup>202</sup> Zij stellen dat het beginsel dat ongerechtvaardigde vermogensverschuivingen geredresseerd moeten worden, een beginsel is dat aan het gehele vermogensrecht ten grondslag ligt. Dit betekent dat art. 6:212 BW ofwel slechts subsidiair mag worden toegepast, ofwel dat er sprake is van een *lex generalis*-/lex specialis-verhouding, waarbij de *lex specialis* – een andere specifieke rechtsfiguur – altijd voorrang heeft boven de *lex generalis*. Engelhard en Van Maanen concluderen dat ons rechtstelsel al over zoveel ‘normale’ rechtsfiguren beschikt (zoals wanprestatie, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling et cetera), dat de rechtsfiguur van de ongerechtvaardigde verrijking slechts een overblijvende, zeer marginale functie heeft. Een actie uit onrechtmatige daad of wanprestatie gaat volgens hen vóór op een actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Een ongerechtvaardigde verrijkingsactie is geen algemene billijkheidsactie, maar slechts een sluitstuk binnen het Nederlandse recht. Zij merken voorts op dat een mogelijke vordering uit bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad ook in het vermogen van de benadeelde valt, zodat er vaak géén sprake is van een verarming, tenzij deze vorderingen in rechte worden afgewezen dan wel de schuldenaar niet solvent is. Snijders<sup>203</sup> neemt dienaangaande een genuanceerde positie in. Hij ziet de vordering op grond van de ongerechtvaardigde verrijking juist als een verfijning van het wettelijke systeem. De relatieve vaagheid maakt het instrument van de ongerechtvaardigde verrijking flexibel genoeg om het zo te hanteren dat wordt verfijnd al naar gelang van de omstandigheden van het geval. Snijders stelt dat men de rechtsfiguur van de ongerechtvaardigde verrijking eventueel in het kader kan plaatsen van de alomvattende billijkheid (zoals Hartkamp en Salomons doen). Hij is er echter van overtuigd dat een rechter met een dergelijke aanpak voorzichtig moet zijn. De rechter moet trachten een meer specifieke grondslag voor zijn oordeel te vinden.

200 De wetgever wijst het subsidiariteitsbeginsel van art. 6:212 BW af, hoewel de Eerste Kamer destijds een voorstel indiende waarin het subsidiaire karakter wél voorkwam. Zie hierover M.H. Wissink, ‘De emancipatie van artikel 6:212 BW, Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking’, in: W.H. van Boom en M.H. Wissink, *Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 21-26.

201 Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1993, *NJ* 1994, 172, m.nt. PvS (Vermobo/Van Rijswijk) en HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 437, m.nt. PvS (Ontvanger/Hamm). In HR 27 juni 1997, *NJ* 1997, 719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings) heeft de Hoge Raad nadrukkelijk gesteld dat een mogelijke vordering uit wanprestatie een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet in de weg staat. In HR 17 september 1993, *NJ* 1993, 740 (Reimes/Constandse) werd de vordering van Reimes tegen Constandse toegewezen, zowel op grond van wanprestatie als op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

202 Zie E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, ‘De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam ...’, *NTBR* 1998/9, p. 309-324, G.E. van Maanen, ‘Ongerechtvaardigde verrijking! Bespreking preadviezen Van Boom en Wissink voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht’, *NTBR* 2002/5, p. 174-181, en de reactie van G.E. van Maanen op het artikel van A.S. Hartkamp in *WPNR* 2001/6440 en 2001/6441, ‘Verrijking’ en ‘verarming’ in art. 6:212 BW. Een vraag aan Hartkamp’, *WPNR* 2001/6446, p. 490 en p. 491.

203 W. Snijders, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Studiekring ‘Prof. mr. J. Offerhaus’, nieuwe reeks nummer 7, Deventer: Kluwer, 2001, p. 1-21.

Ook in de milieurechtelijke literatuur is het probleem ten aanzien van de eventuele subsidiariteit van de ongerechtvaardigde verrijksingsactie onderwerp van discussie geweest.<sup>204</sup> *Simons-Vinckx*<sup>205</sup> bijvoorbeeld verwijst naar het preadvies van *Wissink*,<sup>206</sup> en stelt dat de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet principieel achter staat bij een vordering op andere grondslag. De vraag is volgens haar wel of, indien de vordering op andere grondslag niet mogelijk is, dit tevens aan toewijzing van de vordering op basis van ongerechtvaardigde verrijking in de weg staat. Bezien moet worden waarom die andere grondslag geen succes heeft gehad. Volgens *Simons-Vinckx* kan de verhaal zoekende Staat/het bevoegd gezag in die gevallen waarin de vordering uit onrechtmatige daad is verjaard niet alsnog een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking instellen, zeker niet indien de grondsanering al geruime tijd is voltooid. *Simons-Vinckx* wijst op de omstandigheid dat de Notitie stelt dat het verhaal op de vervuiler de prioriteit verdient boven de verrijksingsactie op de niet-vervuiler.<sup>207</sup> Voorts wijst zij op de uitspraak inzake Staat/Maxalloys waarin de rechtbank te Rotterdam oordeelde dat de saneringskosten zoveel mogelijk op de veroorzaker van de vervuiling moeten worden verhaald, hetgeen in casu betekende dat de overheid de uitslag van de lopende onrechtmatige daad procedure moest afwachten alvorens zij een ongerechtvaardigde verrijksingsprocedure kon instellen.<sup>208</sup>

Uit het nadien door de Hoge Raad gewezen arrest Staat/Erven Stok kan echter worden afgeleid dat de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geen subsidiair karakter heeft ten aanzien van de onrechtmatige daadsactie.<sup>209</sup> *Simons-Vinckx* concludeert dat zowel uit de Notitie<sup>210</sup> als uit de redelijkheid volgt dat de Staat/het bevoegd gezag in elk geval moet trachten de kosten te verhalen op de veroorzaker en moet motiveren waarom deze actie niet tot het gewenste succes leidde, vóórdat een actie uit ongerechtvaardigde verrijking wordt ingesteld tegen een niet-veroorzaker. Volgens *Simons-Vinckx* heeft de actie uit ongerechtvaardigde verrijking geen subsidiair karakter, maar is de vordering wel min of meer aanvullend.<sup>211</sup> Dit is mijns inziens een juiste constatering. Immers, de wetgever heeft beide mogelijkheden (onrechtmatige daadsactie en ongerechtvaardigde verrijksingsactie) uitdrukkelijk in de wet opgenomen, zelfs in hetzelfde wetsartikel (75 Wbb) zonder

204 Zie bijvoorbeeld F.C.S. Warendorf, 'Ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van art. 75 lid 3 Wet bodembescherming', *TMA* 2003/3, p. 67 en p. 68 en M.J.G. van Hintum, 'Kostenverhaal in ontwikkeling: de Beleidsregel Kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming, gepubliceerd', *TMA* 2002/4, p. 97.

205 M.W.L. Simons-Vinckx, 'Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering', *TMA* 2003/3, p. 73-74.

206 M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW, Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking', in: W.H. Van Boom en M.H. Wissink, *Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Deventer: Kluwer, 2002.

207 Zie paragraaf 2.1 van de Notitie (p. 10).

208 Rb. Rotterdam 18 december 1992, *BR* 1993/8, p. 606.

209 HR 4 oktober 2002, *JM* 2003, 11, m.nt. Bos.

210 Zie par. 2.1 van de Notitie.

211 M.W.L. Simons-Vinckx, 'Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering', *TMA* 2003/3, p. 71-77, in het bijzonder p. 73-74.

daar een onderlinge rang aan te geven. Door de wetgever is voor zover het art. 75 Wbb betreft geen subsidiariteit beoogd. Daarnaast is inmiddels ten aanzien van het opleggen van een saneringsplicht voor historisch veroorzaakte verontreiniging, het accent sterk verschoven naar verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter (zie art. 55a en art. 55b Wbb).

Opmerking verdient dat in gevallen buiten bodemverontreiniging door de rechter soms wél is geoordeeld dat bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat de ongerechtvaardigde verrijksactie een (soort van) afhankelijk karakter heeft ten opzichte van de onrechtmatige daadsactie. Het gaat dan echter om situaties waarin de veroorzaker van het probleem niet onrechtmatig heeft gehandeld en daarom ook niet kan worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In het arrest August de Meijer uit 1994<sup>212</sup> oordeelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dat, gezien de regeling in de Wrakkenwet, een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking niet naast een vordering op grond van de onrechtmatige daad als zelfstandige grondslag kon dienen. Van een verrijking van August de Meijer BV had slechts sprake kunnen zijn indien August de Meijer BV gehouden was de opruimingskosten voor een scheepswrak voor haar rekening te nemen, welke kosten zij vervolgens heeft bespaard omdat de Staat deze kosten heeft gedragen. Een dergelijke plicht zou volgens de Hoge Raad alleen bestaan indien August de Meijer BV, doordat zij de opruimingskosten voor het scheepswrak niet voor haar rekening had genomen, een onrechtmatige daad<sup>213</sup> zou hebben gepleegd. Indien deze plicht tot opruiming ontbreekt,<sup>214</sup> is er geen sprake van bespaarde opruimingskosten en kan er geen ongerechtvaardigde verrijking optreden bij August de Meijer BV.<sup>215</sup>

Terug nu weer naar het bepaalde in de Wbb. Het huidige standpunt van de overheid – weergegeven in de Notitie – is dat er wél een voorkeursbeleid bestaat waarbij kostenverhaal op de veroorzaker van de bodemverontreiniging prioriteit heeft boven kostenverhaal op de eigenaar/niet-veroorzaker, maar dat dit niet betekent dat de actie uit ongerechtvaardigde verrijking door de sanerende Staat/bevoegd gezag pas kan worden ingezet indien alle mogelijke procedures tegen de veroorzaker(s) zijn gevoerd.<sup>216</sup>

212 HR 14 oktober 1994, *NJ* 1995, 720, m.nt. MS.

213 Zie art. 10 van de Wrakkenwet, luidende: “De kosten, krachtens deze wet gemaakt, komen, voor zooveel zij niet door belanghebbenden zijn terugbetaald, of uit de opbrengst van het krachtens artikel 6 verkochte kunnen worden gekweten, ten laste van de beheerder, onverminderd diens bevoegdheid om de krachtens dit artikel te zijnen laste komende kosten te verhalen op dengene, die volgens de wet daarvoor aansprakelijk is.”

214 Zoals in casu. August de Meijer BV kon geen verwijt worden gemaakt ten aanzien van het op de bodem terechtkomen van de kraan en de gevaren aan het niet verwijderen van de kraan waren niet zo groot dat de Staat redelijkerwijs de kraan moest verwijderen, zie r.o. 3.5 van het arrest.

215 Zie H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band B1, B-2.7, 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, p. 54/2 en p. 54/3. Zie over dit arrest eveneens P.F.A. Bierboom en G.A. van der Veen, *Samenloop*, in: P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Betlem, *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Gouda Quint bv, 1997, p. 78-79.

216 Zie par. 2.1 van de Notitie waarin wordt gesteld: “Bij de inzet van het instrumentarium heeft de vervuiler prioriteit boven de gebruiker. Bij kostenverhaal betekent dit dat de actie uit onrechtmatige daad tegen de →



3.4.4.3 *Differentiatie tussen de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb en van art. 6:212 BW?*

Hiervoor werd al opgemerkt dat de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb een bijzondere versie van de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 6:212 BW betreft. Bijzonder, aangezien deze actie specifiek is opgenomen in de Wbb, alleen ten dienste staat aan de sanerende Staat/bevoegd gezag, én de wetgever specifiek beleid heeft ontwikkeld met betrekking tot de mogelijkheden van kostenverhaal (zie de Notitie en de Beleidsregel), waarbij opmerking verdient dat uiteindelijk de (civiele) rechter daarover zal oordelen. De rechter zal daarbij echter waarschijnlijk tevens kennis nemen van hetgeen in de Notitie en Beleidsregel is opgenomen. Daarnaast is de Wet bodembescherming in 2006 aangepast (art. 55a Wbb en art. 55b Wbb). De mogelijkheid van kostenverhaal door de sanerende overheid via de onrechtvaardige verrijking op de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter in de zin van art. 55a Wbb is daardoor van minder groot belang geworden. Deze regeling in de Wbb geldt immers juist ten aanzien van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, dat wil zeggen bodemverontreiniging veroorzaakt vóór 1987 (het jaar waarin de algemene zorgplicht voor de bodem in de Wbb werd opgenomen, zie artikel 13 Wbb). Wat betreft de verplichting tot het uitvoeren van een bodemsanering is het zwaartepunt verschoven van de veroorzaker van de verontreiniging naar de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van het vervuilde perceel.

Het kostenverhaal door de sanerende overheid heeft dus duidelijk een vangnet-functie gekregen. Het feit dat er in het kader van de wettelijke saneringsplicht van artikel 55b Wbb géén glijdende schaal toepasselijk is, betekent daarom nog niet dat de mate van wetenschap in het kader van verhaalsacties geen een rol van betekenis speelt. Het betreft immers twee verschillende situaties: (1) de uit art. 55b Wbb voortvloeiende wettelijke saneringsplicht die (potentieel) rust op de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, en (2) de uit art. 75 lid 3 Wbb voortvloeiende mogelijkheid tot kostenverhaal na een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering. Het kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan zoals gezegd ten aanzien van meerdere (rechts)personen dan alleen bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters plaatsvinden. In geval van het kostenverhaal blijft de mate van wetenschap van de verontreiniging ten tijde van verkrijging van het recht op de grond van belang. In het kader van de uit art. 55b Wbb voortvloeiende saneringsplicht

---

veroorzaker prioriteit heeft boven de actie uit ongerechtvaardigde verrijking. Dit betekent niet dat laatstbedoelde actie pas kan worden ingezet als alle mogelijke procedures tegen veroorzakers uitputtend zijn uitgevoerd." Zie tevens *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994-1995, 22 727, nr. 12, p. 8: "Uit de beleidsmatige volgorde vervuiler-gebruiker-overheid volgt dat sanering in eigen beheer de voorkeur geniet boven sanering door de overheid. Dientengevolge heeft het saneringsbevel ook de voorkeur boven kostenverhaal. Binnen het kostenverhaal heeft de actie uit onrechtmatige daad (meestal tegen de vervuiler) de voorkeur boven de actie uit ongerechtvaardigde verrijking (meestal tegen de gebruiker). Dit alles betekent niet dat het in individuele gevallen ondenkbaar is dat direct een actie uit ongerechtvaardigde verrijking wordt ingesteld, met voorbijgaan aan andere juridische instrumenten die in beginsel een hogere voorkeur genieten. Het kan zijn dat die instrumenten niet of nog niet inzetbaar zijn. Bovendien zal de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in veel gevallen slechts een deel van de saneringskosten betreffen."

komt deze mate van wetenschap dus nog wel terug in het kader van de mogelijkheid tot, en hoogte van, subsidieverlening.

Daarnaast, bij de ongerechtvaardigde verrijkingsactie wordt geen onderscheid gemaakt tussen het feit of al dan niet via de Wbb een wettelijke saneringsplicht op grond van art. 55b Wbb op de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter komt te rusten. Het moment waarop de wetenschap bij de koper van de mogelijkere wijze aanwezige bodemverontreiniging, zoals hierboven beschreven, mag worden aangenomen wordt door de (civiele) rechter vastgesteld, ook in het geval van een ongerechtvaardigde verrijkingsactie op grond van art. 75 lid 3 Wbb. De glijdende schaal zoals vastgelegd in de Beleidsregel biedt wel een kader voor de rechter, maar de rechter is niet aan deze beleidsregels gebonden. Het Hof te Leeuwarden bepaalde bijvoorbeeld dat er in het jaar 1993 weliswaar voortekenen waren die wezen op stappen van overheidswege om tot een ruimere toepassing van ongerechtvaardigde verrijking als verhaalsmogelijkheid van bodemsaneringskosten te komen, maar dat van effectuering van een zodanige beleidswijziging nog geen sprake was. Het Hof oordeelde dat een redelijk handelend koper (niet-veroorzaker) er in augustus 1993 niet van uit hoefde te gaan ná sanering van overheidswege te worden aangesproken door de Nederlandse Staat op grond van ongerechtvaardigde verrijking.<sup>217</sup> Zie ook de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 10 december 2003 (Eimers/Staat),<sup>218</sup> wat betreft een aankoop van een verontreinigd perceel grond in het jaar 1986.

*Simons-Vinckx* is overigens van mening dat er, gezien de inwerkingtreding van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992, goede redenen zijn om de datum 1 januari 1992 te nemen als datum vanaf wanneer actief onderzoek naar bodemverontreiniging moet worden gedaan, tenzij er concrete aanwijzingen voor het uitvoeren van bodemonderzoek vóór 1 januari 1992 aanwezig zijn.<sup>219</sup> Bij de verhaalsactie moet de Nederlandse Staat/het bevoegd gezag overigens wel rekening houden met de financiële draagkracht van de desbetreffende ongerechtvaardigd verrijkte.<sup>220</sup>

217 Hof Leeuwarden 17 december 2003 (Staat/Dekker), *TMA* 2004/4, p. 133-139, r.o. 6.2.

218 Hof Leeuwarden 10 december 2003, *JM* 2004, 17, m.nt. Bos en *TMA* 2004/2, p. 59, m.nt. M.W.L. Simons-Vinckx.

219 M.W.L. Simons-Vinckx, 'Ongerechtvaardigde verrijking: bron van onzekerheid; verduidelijking dringend gewenst', *M&R* 1998/9, p. 216: "Duidelijk is wel dat na het in werking treden van het huidige BW, 1 januari 1992, er consequent aandacht is geschonken aan bodemverontreiniging en de consequenties daarvan. Naar mijn mening zijn er dan ook goede redenen 1 januari 1992 aan te nemen als datum waarna in principe actief onderzoek naar bodemverontreiniging moest worden gedaan. Of dit onderzoek moet bestaan uit een daadwerkelijk bodemonderzoek hangt af van de omstandigheden van het geval."

220 Vergelijk *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 20: "Het is mogelijk dat, al of niet met een subsidie, bedrijven de kosten van een sanering niet kunnen dragen. Er wordt in het bodemsaneringsbeleid vanuit gegaan dat zo veel mogelijk dient te worden voorkomen dat bodemsanering leidt tot faillissement van overigens gezonde bedrijven. Daarom is met het bedrijfsleven afgesproken dat er een regeling getroffen zal kunnen worden voor bedrijven met draagkrachtproblemen."

Het zou overigens mijns inziens in elk geval voor de hand liggen dat een niet-bedrijfsmatige ongerechtvaardigd verrijkte sinds de invoering van de Notitie op 8 juni 1994 door de sanerende Staat/bevoegd gezag kan worden aangesproken. Vanaf die datum kon elke koper van een perceel grond in Nederland immers daadwerkelijk rekening houden met de mogelijkheid van kostenverhaal ten aanzien van sanerings- en onderzoekskosten door de Staat/bevoegd gezag. Daarnaast kan worden gewezen op de notitie 'Gedragslijnen bodemverontreiniging in staatseigendommen', in werking getreden op 15 juli 1994.<sup>221</sup> In deze gedragslijnen werd voor het eerst uitgebreid aandacht besteed aan de actie uit ongerechtvaardigde verrijking in verband met verontreinigde staatseigendommen. Ook de Nederlandse overheid schonk blijkbaar vóór 1994 niet consequent aandacht aan bodemverontreiniging ten aanzien van staatseigendommen en alle mogelijke consequenties dienaangaande.<sup>222</sup>

#### 3.4.4.4 *Tussenconclusies*

Het ligt niet voor de hand de ongerechtvaardigde verrijkingsactie van art. 75 lid 3 Wbb achter te stellen (subsidiar te maken) bij de onrechtmatige daadsactie van art. 75 leden 1 en 6 Wbb. Wél zou van de verhaal zoekende bodemsanerende Staat/bevoegd gezag kunnen worden verlangd dat zij ook de mogelijkheden van kostenverhaal op de veroorzaker van de verontreiniging onderzoekt alvorens een niet-veroorzaker aan te spreken. Maar van de verhaal zoekende Staat/bevoegd gezag kan niet worden verlangd dat eerst de verhaalsmogelijkheden op de veroorzaker uitputtend zijn gebruikt, voordat verhaal op de ongerechtvaardigd verrijkte kan worden gezocht.

Dit knelt soms in die gevallen waarin de ongerechtvaardigd verrijkte niet daadwerkelijk subjectief is verrijkt door de bodemsanering van overheidswege, bijvoorbeeld omdat hij een hogere koopprijs heeft betaald in vergelijking tot de waarde waarop de desbetreffende grond door de Staat/het bevoegd gezag vóór sanering wordt getaxeerd. De redelijkheid en billijkheid zouden met zich kunnen meebrengen dat de ongerechtvaardigd verrijkte niet voor het gehele bedrag van zijn objectief vastgestelde verrijking wordt aangesproken. De jurisprudentie is nog niet eenduidig. De gerechtshoven te Leeuwarden en Arnhem kennen bijvoorbeeld wél betekenis toe aan de hoogte van de betaalde koopprijs in verband met het bepalen van de hoogte van het bedrag van de ongerechtvaardigde verrijking.

221 *Gedragslijnen inzake bodemverontreiniging in Staatseigendommen*, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu. De herziene gedragslijnen zijn op 1 april 2001 in werking getreden. De herziene gedragslijnen (in de vorm van een brochure) zijn te downloaden van de website [www.postbus51.nl](http://www.postbus51.nl).

222 Vergelijk voorts M.W.L. Simons-Vinckx, 'Ongerechtvaardigde verrijking: bron van onzekerheid; verduidelijking dringend gewenst', *M&R* 1998/9, p. 215-216 en H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band B1, B-2.7, 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, p. 54/13 en p. 54/14.

Echter, diegene die op grond van ongerechtvaardigde verrijking is aangesproken door de sanerende Staat/bevoegd gezag, kan altijd trachten zijn rechtsvoorganger en/of de veroorzaker van de verontreiniging op contractuele gronden (wanprestatie e.d.) of op grond van de onrechtmatige daad aan te spreken.

### 3.5 Ontwikkelingen op het gebied van het bodembeschermingsrecht en verantwoordelijkstelling voor bodemverontreiniging in de Europese Unie

#### 3.5.1 Voorstel voor een nieuwe Europese Kaderrichtlijn Bodem

##### *Algemeen*

Op 22 september 2006 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een nieuwe richtlijn met betrekking tot bodembescherming in de Europese Unie, als uitvloeisel van de zogenaamde Thematic Strategy for Soil Protection.<sup>223</sup> Het is van belang hier te benadrukken dat dit nog slechts een voorstel van de Europese Commissie betreft, dat in de loop der tijd nog (vergaand) kan worden aangepast of zelfs ingetrokken. De rechtvaardiging van een bodembeschermingsrichtlijn op Europees niveau wordt volgens de Europese Commissie gevonden in onder andere de mogelijke grensoverschrijdende aspecten van bodemverontreiniging, het gevaar voor de volksgezondheid en het verschil in marktpositie dat wordt veroorzaakt door (te grote) verschillen in nationale bodembeschermingswetgeving in de verschillende Europese lidstaten. Met andere woorden, indien de verplichtingen op dit punt veel verder gaan in de ene lidstaat in vergelijking tot de andere lidstaat binnen de Europese Unie, kan dit de competitie binnen de Europese Unie negatief beïnvloeden.<sup>224</sup> Het is in verband met het subsidiariteitsbeginsel wel enigszins

<sup>223</sup> In 2002 is deze strategie al aangekondigd, zie *Communication Towards a Thematic Strategy for Soil Protection*, COM (2002), 179 def. Het richtlijnvoorstel is gepubliceerd in: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Thematic Strategy for Soil Protection* COM (2006), 231 final. Zie ook *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006), 232 final. Zie tevens het *Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het "Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de bescherming van de bodem en tot wijziging van Richtlijn 2004/35/EG"*, PbEU, C 168/29.

<sup>224</sup> Zie *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Thematic Strategy for Soil Protection*, COM (2006), 231 final, overweging (10): "Since the objectives of the action to be taken, namely to establish a common framework for the protection of soil, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore be better achieved at Community level by reason of the scale of the problem and its implications in respect of other Community legislation on nature protection, water protection, food safety, climate change, agriculture and areas of common interest, such as human health protection, the Community may therefore adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty." Zie ook *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006) 232 final, p. 6, waar onder andere wordt opgemerkt: "Wide differences between national soil protection regimes, in particular as regards soil contamination, can in some cases impose on economic operators very different obligations, thus creating an unbalanced situation for their fixed costs and a distortion of competition in the internal market."

twijfelachtig of deze argumentatie een bodembeschermingsrichtlijn op Europees niveau daadwerkelijk rechtvaardigt, hetgeen niet wegneemt dat dit voorstel een aantal interessante elementen bevat. Het probleem van bodemverontreiniging is, voor zover tot dusver in beeld gebracht, groot in de Europese Unie (25 lidstaten). Er zijn ongeveer 3 500 000 locaties potentieel verontreinigd, waarvan 500 000 ernstig waarbij een noodzaak tot (spoedige) sanering bestaat.<sup>225</sup> Lang niet alle lidstaten van de Europese Unie hebben specifieke bodembeschermingsbepalingen in hun nationale wetgeving opgenomen.<sup>226</sup>

In het Explanatory Memorandum bij het voorstel voor de Kaderrichtlijn Bodem wordt over het principe van proportionaliteit het volgende opgemerkt:

“The proposed instrument is a Directive establishing a framework for the protection of soil and the preservation of its functions. To ensure proportionality, much scope is left to the Member States to identify the most appropriate specific measures at the most appropriate geographical and administrative level. This is crucial to ensure that the regional and local specificities as regards soil variability, land uses, local climatological conditions and socio-economic aspects can be properly taken into account. The level of intervention is to be decided by Member States, allowing for a more efficient use of their national administrative capabilities. Some additional and financial administrative obligations will arise, in particular for the Member States which have not tackled soil protection at national or regional level. Nevertheless, the environmental, economical and social benefits of the measures, as described in the Impact Assessment, outweigh significantly the costs incurred.”<sup>227</sup>

De voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem bevat dus normen van minimumharmonisatie. Lidstaten mogen derhalve verdergaande nationale regelgeving doorvoeren. Dit is een belangrijke constatering in verband met de mogelijkheid tot invoering van een verdergaande transfer triggered environmental act – naar het voorbeeld van enkele Amerikaanse staten – in Nederland of binnen de Europese Unie. Zie voor een uitgebreide bespreking hoofdstuk 5.

Alhoewel de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem zich op meerdere aspecten van bodemverontreiniging richt, zoals onderzoek (Chapter II, Risk prevention, mitigation and restoration, Section one (Identification of Risk Areas) en Section two (Establishment of targets and programmes of measures)), wordt in deze paragraaf

---

225 *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Thematic Strategy for Soil Protection*, COM (2006), 231 final, p. 3 en *Summary of the Impact Assessment*, SEC (2006), 1165, p. 3.

226 *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006) 232 final, p. 7: “So far, without Community action to underpin the efforts, only nine Member States have specific legislation on soil protection, the others rely on some provisions preserving soil in different other policies. Most of the existing national provisions tackle the problem of soil contamination and, though the other threats are recognized, there is a lack of focus on a wider preservation of soil functions.”

227 *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006) 232 final, p. 7-8.

vooral ingegaan op de aspecten in deze richtlijn die van belang zijn in het kader van bedrijfsovernames.<sup>228</sup>

### *Saneringsverplichting in de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem*

Ten eerste aandacht voor de saneringsverplichting zoals opgenomen in de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem. Het voorstel bevat de volgende bepaling (art. 13):

“Article 13, Remediation

(...)

2. Remediation shall consist of actions on the soil aimed at the removal, control, containment or reduction of contaminants so that the contaminated site, taking account of its current use and approved future use, no longer poses any significant risk to human health or the environment.
3. Member States shall set up appropriate mechanisms to fund the remediation of the contaminated sites for which, subject to the polluter pays principle, the person responsible for the pollution cannot be identified or cannot be held liable under Community or national legislation or may not be made to bear the costs of remediation.”

Deze algemene bepaling in de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem wordt in het Nederlandse bodembeschermingsrecht via de art. 13, 43, 46, 55b en 63k Wbb al gedekt. Wat dat betreft voegt dit artikel niet zo veel toe voor de situatie in Nederland. Wél wordt hier, overeenkomstig art. 175 van het EG-Verdrag, het ‘vervuiler betaalt beginsel’ vooropgesteld, waarbij er een adequaat mechanisme van financiering van bodemsaneringen moet komen. Dit betreft echter een ‘beginsel’. Indien blijkt dat op een andere wijze het doel van de desbetreffende regeling beter kan worden bereikt, is het toegestaan die andere wijze op nationaal niveau uit te voeren.<sup>229</sup> In Nederland is de afgelopen 25 jaar de ervaring opgedaan dat ten aanzien van historische veroorzaakte bodemverontreiniging vaak géén verhaal op de veroorzaker van die verontreiniging meer mogelijk is. Daarom is de hiervoor besproken kwalitatieve saneringsplicht ten aanzien van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters in de zin van de art. 55a Wbb en 55b Wbb in Nederland ingevoerd (in navolging van de art. 46 Wbb en 75 lid 3 Wbb), aangevuld met een subsidie-regeling. Alhoewel het beginsel de vervuiler betaalt daarmee in beginsel is verlaten, lijkt art. 55b Wbb gezien haar achtergrond – verhogen van het aantal uit te voeren bodemsaneringen in Nederland – niet in strijd te zijn met art. 13 van het voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem.

<sup>228</sup> Zie over dit voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem ook G.A. van der Veen, ‘Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, Europese strategie voor bodembescherming: aardige aansprakelijkheids- en handhavingsaspecten of vooral doorkruising van nationaal beleid?’, *TMA* 2007/2, p. 35-38.

<sup>229</sup> Zie bijvoorbeeld ook: *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006) 232 final, p. 7-8.

*Mededelings- en onderzoeksplicht van de (ver)koper aan het bevoegd gezag*

In het voorstel is ook een bepaling opgenomen die betrekking heeft op de verkoop (sale) van grond. Interessant is dat het voorstel van de Europese Commissie een mededelings- en onderzoeksplicht voor de (ver)koper ten aanzien van het bevoegd gezag introduceert.<sup>230</sup> Art. 12 van het voorstel van een Kaderrichtlijn Bodem luidt als volgt:

“Article 12, Soil status report

1. Where a site is to be sold on which a potentially polluted activity listed in Annex II is taking place, or for which the official records, such as national registers, show that it has taken place, Member States shall ensure that the owner of that site or the prospective buyer makes a soil status report available to the competent authority referred to in Article 11 and to the other party in the transaction.
2. The soil status report shall be issued by an authorized body or person appointed by the Member State. It shall include at least the following details:
  - (a) the background history of the site, as available from official records;
  - (b) a chemical analysis determining the concentration levels of the dangerous substances in the soil, limited to those substances that are linked to the potentially polluting activity on the site;
  - (c) the concentration levels at which there are sufficient reasons to believe that the dangerous substances concerned pose a significant risk to human health or to the environment.
3. Member States shall establish the methodology necessary for determining the concentration levels referred to in paragraph 2(b).
4. The information contained in the soil status report shall be used by the competent authorities for the purposes of identifying contaminated sites in accordance with Article 10(1).”

In de overwegingen bij het richtlijnvoorstel leest men hierover:

“(25) In order to assist in the rapid identification of contaminated sites, the owner of a site where, according to official records such as national registers or cadastres, a soil polluting activity has taken or is taking place, or the prospective buyer should, prior to completing the land transaction, provide relevant information on the status of the soil to the competent authority and to the other party in the transaction. The provision of such information at the time when a land transaction is being planned, will help to speed up the completion of the inventory of contaminated sites. It will also make the prospective buyer aware of the state of the soil and enable him to make an informed choice.”

---

230 De minister van VROM merkt over deze mededelings- en onderzoeksplicht op: “Bedrijven zijn nu reeds verplicht om een bodemrapport te overleggen bij het aanvragen van een milieuvergunning. Daar verandert niets in, dus is er geen sprake van administratieve lastenverhoging. Nieuw is wel dat de gegevens naar het Bevoegd Gezag gestuurd worden, en dat het bodemrapport bij een transactie van mogelijk vervuilde grond overhandigd moet worden. In de praktijk is het al vele jaren zeer gebruikelijk om bij de verkoop een onderzoeksrapport over te leggen, dus de gevolgen van dit artikel zullen heel beperkt zijn. Zie *Kamerstukken II*, 21501-08, nr. 268, vergaderjaar 2007-2008, Brief van de minister van VROM.

In het *Explanatory Memorandum* bij het voorstel wordt iets soortgelijks opgemerkt:<sup>231</sup>

“The proposed Directive includes: (...) Setting up an inventory of contaminated sites, a mechanism for funding the remediation of orphan sites, a soil status report, and establishing a national strategy for remediation of the contaminated sites identified. The definition of contaminated sites and a list of potentially soil polluting activities are established. These are the basis for locating the sites which can potentially be contaminated, as a preliminary step to the establishment of an inventory of effectively contaminated sites. This would be complemented by the obligation for seller or prospective buyer to provide a soil status report for any transaction of land where a potentially contaminating activity has taken or is taking place. A similar provision, concerning the energy performance of buildings, already exists in Community legislation (see Article 7 in Directive 2002/91/EC).”

Een vergelijkbare mededelingsverplichting rustende op de verkoper is al opgenomen in wetgeving in bepaalde staten binnen de Verenigde Staten en in de regio Vlaanderen. Op deze transfer triggered environmental acts in de Verenigde staten wordt in de volgende twee hoofdstukken uitgebreid teruggekomen. Opvallend is dat de openbaarmakingsplicht op grond van dit voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem ook kan komen te rusten op de (potentiële) koper. Het gaat om een openbaarmakingsplicht ten aanzien van het bevoegde gezag, en niet zozeer om de verhouding tussen de contracterende partijen. Wél wordt in de toelichting (*Explanatory Memorandum*) bij het voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem gewezen op het feit dat een koper aan de hand van het verplicht uitgevoerde bodemonderzoek een betere keuze kan maken over de aankoop. In zoverre is deze bepaling in de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem ook ‘kopers beschermend’ (buyer protective) te noemen. Het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) plaatst trouwens in haar advies met betrekking tot dit richtlijnvoorstel een kritische noot bij de verplichting zoals vastgelegd in art. 12 van het voorstel:

“4.5 In artikel 12 wordt bepaald dat een grondeigenaar of potentiële koper in bepaalde gevallen dient te zorgen voor een rapport over de toestand van de bodem. Naar de mening van het EESC is het niet juist om dit ook van een potentiële koper te eisen. Men zal zich wat dit betreft flexibel moeten opstellen, met inachtneming van de verschillen in wetgeving tussen de lidstaten, wat betekent dat het betreffende artikel anders moet worden geformuleerd.”<sup>232</sup>

Het EESC heeft hier wel een punt. De wettelijk verplichting tot het opstellen van een bodemrapportage in geval van verkoop zou beter op de verkoper kunnen worden gelegd. Een potentiële koper kan immers afhaken – misschien wel vanwege

---

231 *Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG, Explanatory Memorandum*, COM (2006) 232 final, p. 5-6.

232 Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het “Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een kader voor de bescherming van de bodem en tot wijziging van Richtlijn 2004/35/EG”, *Pb EU*, C 168/29.



de ná het uitgevoerde bodemonderzoek geconstateerde ernstige bodemverontreiniging – en daarom onnodige onderzoekskosten hebben gemaakt ten aanzien van een terrein dat hij uiteindelijk niet heeft gekocht. Anderzijds heeft de Europese Commissie met de aanduiding ‘prospective buyer’ in art. 12 van het voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem wellicht vooral oog gehad op situaties waarin de koper de koop doorgang wil laten vinden, maar vóór het moment van koop het bodemrapport moet overleggen aan het bevoegd gezag. Ook deze verplichting zal dus, plus een veel duidelijker vastlegging van de soorten transacties waarop de onderzoeksplicht toepasselijk is, verder moeten worden verduidelijkt. Zie daarover ook hoofdstuk 5.

*‘Soil status report issued by an authorised body or person appointed by the Member State’*

Interessant is verder dat volgens dit voorstel het verplicht uit te voeren bodemonderzoek moet worden opgesteld door een ‘authorised body or person appointed by the Member State’. Hier wordt eigenlijk de invoering van een door de overheid benoemde of goedgekeurde deskundige/gecertificeerde onderzoeker voorgesteld. Deze deskundige onderzoeker, benoemd of gecertificeerd door de overheid, dient borg te staan voor een goed en onafhankelijk bodemonderzoek, zo lijkt uit de tekst van het voorstel van een Kaderrichtlijn Bodem te kunnen worden opgemaakt. Het voorstel laat in het midden of het onderzoek door een private gecertificeerde persoon of instelling, dan wel door een persoon in dienst van de overheid of aan de overheid gelieerde instelling, moet worden uitgevoerd.

Het benoemen van een private persoon als deskundige komt min of meer overeen met andere private functies die een bepaalde mate van het houden van toezicht in het maatschappelijk verkeer toebedeeld hebben gekregen: denk bijvoorbeeld aan een accountant of aan een notaris. In de Amerikaanse staat Connecticut wordt reeds enige tijd gewerkt met zogenaamde Licensed Environmental Professionals (LEPs). Hun rol gaat overigens verder dan alleen het opstellen van een bodem(sanerings)rapport. De toezichthoudende taak van de LEP – namens (het Department of Environmental Protection van) de staat Connecticut – betreft ook het toezicht houden op de nakoming van bepaalde (wettelijke) verplichtingen, zoals de verplichting tot het correct en op tijd uitvoeren van een bodemsanering. Op dit systeem van gecertificeerde milieudeskundigen wordt verder ingegaan in par. 4.5.2 en par. 5.3.7.

*‘A site to be sold’*

Het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem stelt dat het ‘soil status report’ (bodemonderzoeksrapport) moet worden opgesteld op het moment dat een ‘site is to be sold’, ten aanzien van een site waarop een ‘potentially polluting activity’ zoals vermeld in Annex II bij het voorstel wordt uitgeoefend. Uit de in hoofdstuk 4 te bespreken Amerikaanse statelijke wetgeving zal blijken, dat een zogenaamde milieurechtelijke ‘transfer trigger’ alleen goed werkt in het geval deze

civielrechtelijke ‘transfer triggers’, zoals het begrip ‘overdracht’, goed worden geformuleerd. Nationale wetgevers zouden verder kunnen gaan met het precies formuleren van hetgeen onder een ‘site to be sold’ is te verstaan. Valt daar bijvoorbeeld ook de koop van een erfpachtrecht onder, of de koop van een meerderheid van de aandelen in een vennootschap die eigenaar of erfpachter is van de grond? Het systeem van een transfer triggered environmental act, waarbij in de wet omschreven civielrechtelijke transacties worden gekoppeld aan bepaalde milieurechtelijke verplichtingen is een interessant nieuw wettelijk mechanisme te noemen, maar dient wél eerst goed doordacht en uitgewerkt te worden door de (nationale) wetgever. In hoofdstuk 5 zal verder worden ingegaan op deze methode van wetgeving.

### 3.5.2 *De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid*

De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid,<sup>233</sup> te implementeren in de art. 17.6 – 17.18 en 18.2G van de Wm,<sup>234</sup> is niet van toepassing op milieuschade – waaronder bodemverontreiniging (zie artikel 17.6 Wm) – ontstaan vóór 30 april 2007.<sup>235</sup> De hele discussie ten aanzien van de historisch veroorzaakte bodemverontreiniging valt dus buiten de reikwijdte van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid richt zich tot de vervuiler (operator),<sup>236</sup> en gaat minder ver dan de kwalitatieve wettelijke verantwoordelijkstelling van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters zoals wij die sinds 1 januari 2006 in Nederland via de art. 55a en 55b Wbb (en daarvóór via de art. 46 Wbb en 63k Wbb) kennen. De Nederlandse implementatiewetgeving spreekt over ‘diegene die de activiteit verricht’ (art. 17.10 Wm). De veroorzaakte milieuschade hoeft immers geen betrekking te hebben op activiteiten verricht binnen een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer. Zie over deze kwestie ook par. 2.2.3 en par. 8.2.2. De soorten milieuschades waarop de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid betrekking heeft zijn breed geformuleerd. Bijvoorbeeld schade veroorzaakt aan ‘protected species and natural habitats’ en water-<sup>237</sup> en bodemverontreiniging.<sup>238</sup> Van belang is dat alleen het bevoegd gezag de door hem gemaakte saneringskosten kan verhalen op

233 Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *Pb EU*, L 143/56. Zie over deze richtlijn ook uitgebreid R. Mellenbergh en R. Uylenburg (red.), *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur. De betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid voor Nederland*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005, p. 187. Zie wat betreft de implementatie van deze richtlijn in de Wet milieubeheer E.H.P. Brans, ‘Het wetsvoorstel tot implementatie van de EU richtlijn Milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG)’, *M&R* 2007/9, p. 536-545..

234 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A.

235 Zie art. 17 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid en art. 17.8 lid c Wm.

236 Zie art. 1 en artikel 2 onder 6 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie tevens art. 17.10 Wm. De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid introduceert trouwens wel een nieuwe zorgplichtbepaling in de Wet milieubeheer, zie art. 17.13 lid 1 Wm.

237 Zie wat betreft de gevolgen van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid ten aanzien van de aansprakelijkheid van verontreiniging van oppervlaktewater par. 6.2.2.

238 Zie art. 2 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie ook art. 17.6 Wm.

diegene die de activiteit verricht, dan wel diegene die de activiteit verricht aan kan spreken tot het nemen van herstelmaatregelen.<sup>239</sup> Derden mogen alleen het bevoegd gezag verzoeken om tot actie tegen de operator (diegene die de activiteit verricht) over te gaan.<sup>240</sup> Wél geldt voor bepaalde soorten schades een risicoaansprakelijkheid.<sup>241</sup>

Kortom, wat betreft bodemverontreiniging zal ook deze richtlijn en de desbetreffende implementatiewetgeving niet veel toevoegen aan het bestaande Nederlandse bodembeschermingsrecht. Dit vanwege de al bestaande zorgplicht van art. 13 Wbb, en de art. 43, 46, 55b, 63k en 75 Wbb. De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid heeft immers alleen betrekking op nieuwe gevallen van bodemverontreiniging ontstaan ná 30 april 2007. De verruiming van aansprakelijkstelling van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid zit vooral in het feit dat de diegene die de activiteit verricht ook aangesproken kan worden in geval van schade veroorzaakt aan ‘protected species and natural habitats’. Met betrekking tot bedrijfs-overnames kan de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid en de implementatiewetgeving in de Wm een extra risico met zich meebrengen voor de koper, indien de koper bijvoorbeeld wordt geconfronteerd met schade aan ‘natural habitats of protected species’. Dit zal een extra onderwerp van aandacht moeten zijn ten tijde van het vaak aan een bedrijfsovername voorafgaand uit te voeren milieu due diligence onderzoek, de overnameonderhandelingen en het opstellen van contractuele garanties en vrijwaringen in het overnamecontract.

### 3.5.3 *Een voorbeeld uit de Europese jurisprudentie: de Texaco-uitspraak van het Europese Hof van Justitie*

Een aparte ontwikkeling ten aanzien van bodemverontreiniging is die waarbij bodemverontreiniging kan worden aangeduid als afval (waste) in de zin van de Richtlijn betreffende afvalstoffen (Waste Directive).<sup>242</sup> Aanduiding van vaste grond als afval werd door het Europese Hof van Justitie (Hof) aangenomen in de Texaco-zaak.<sup>243</sup> Wat was er in casu aan de hand? Begin 1993 bleek een terrein in Brussel waarop een tankstation was gelegen vervuild te zijn met koolstofwater. Deze vervuiling werd veroorzaakt door gebreken in de opslaginstallaties van het tankstation. De energiemaatschappij Texaco huurde het tankstation sinds 1981.<sup>244</sup> Sinds 1988 werd het tankstation krachtens een exploitatieovereenkomst geëxploi-

239 Art. 8 jo. 6 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Private partijen hebben niet de mogelijkheid om op grond van deze richtlijn schade te verhalen op de veroorzaker, zie art. 3 lid 3 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie art. 17.10 Wm.

240 Zie de art. 12 en 13 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie art. 17.15 Wm.

241 Art. 3 lid 1 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Zie art. 17.7 Wm.

242 Richtlijn 75/442/EG van de Raad van 15 juli 1975, *Pb EG*, L 194, p. 39, gewijzigd bij Richtlijn 91/156/EEG van de Raad van 18 maart 1991, *Pb EG*, L 78, p. 32. Zie ook het voorstel voor een nieuwe richtlijn betreffende afvalstoffen, COM 2005, 667.

243 Europees Hof, 7 september 2004, zaak C-1/03, Celex nummer 603C0001.

244 Zie de conclusie (‘opinion’) van advocaat-generaal Kokott van 29 januari 2004 bij zaak C-1/03 (onder 7), Celex nummer 603C0001.

teerd door een beheerder. Het terrein, het gebouw, het bedrijfsmateriaal en het meubilair werd door Texaco ter beschikking gesteld aan de beheerder. De beheerder exploiteerde het tankstation voor eigen rekening, maar kon geen wijzigingen aanbrengen aan de bedrijfsruimte zonder voorafgaande toestemming van Texaco. Daarnaast leverde Texaco de aardolieproducten aan het tankstation en hield het toezicht op de boekhouding van de beheerder en de voorraden. Na ontdekking van de grondverontreiniging ontbond Texaco in maart 1993 eerst de exploitatieovereenkomst vanwege grove nalatigheid van de beheerder, en vervolgens in juni 1993 de huurovereenkomst met de eigenaar. Texaco liet daarna – zonder aansprakelijkheid dienaangaande te aanvaarden – bodemsaneringswerkzaamheden uitvoeren en verving een deel van de opslaginstallaties. Ná mei 1994 werden deze saneringswerkzaamheden gestopt. Het lokale bevoegde gezag heeft daarna de saneringswerkzaamheden afgerond en stelt Texaco voor deze kosten aansprakelijk omdat Texaco in strijd zou hebben gehandeld met Belgische regelgeving ten aanzien van het zich ontdoen van afvalstoffen.

Bij het Hof kwam de vraag voor of in geval een (onopzettelijk) geloosde afvalstof die valt onder de richtlijn 75/442 en die de bodem verontreinigt, ook die vervuilde grond tot afvalstof in de zin van voormelde richtlijn maakt, zelfs indien deze grond nog niet is afgegraven. Vraag was tevens of Texaco als producent of houder van deze afvalstof (de vervuilde grond) kan worden beschouwd. Het Hof oordeelde dat met koolwaterstof vervuilde grond is aan te duiden als een afvalstof in de zin van richtlijn 75/442/EEG, ook al is er nog sprake van vaste (niet verwijderde) grond, indien er een verplichting tot verwijdering van deze grond voor de per ongeluk lozende (rechts)persoon bestaat. Het Hof oordeelde verder dat de beheerder op grond van de richtlijn 75/442/EEG als houder van de koolwaterstof moet worden gezien. Indien de nationale rechter oordeelt dat de slechte staat van de opslaginstallaties van het tankstation en het lekken van koolwaterstof zijn te wijten aan wanprestatie van Texaco omdat zij haar contractuele verplichtingen voortvloeiende uit de exploitatieovereenkomst niet goed is nagekomen, of vanwege diverse gedragingen waarvoor Texaco aansprakelijk kan worden gehouden, zou het mogelijk kunnen zijn dat Texaco als houder van deze afvalstoffen (koolwaterstof en daardoor vervuilde grond) kan worden beschouwd. Duidelijk is dus dat het Hof de aansprakelijkheidsafweging aan de rechters van de nationale lidstaten overlaat. Texaco wordt niet zonder redenen aansprakelijk gesteld als houder van afvalstoffen, maar kan gezien haar juridische verhouding (onderverhuurder, toezichthouder en toeleverancier van de beheerder) door de nationale rechter aansprakelijk worden gehouden voor verontreiniging.

Onder de omstandigheden zoals toepasselijk in de Texaco-arrest, zou Texaco in Nederland als drijver in de zin van de Wm kunnen worden beschouwd.<sup>245</sup> Dan

---

<sup>245</sup> Zie daarover ook mijn artikel getiteld 'Soil Protection Law and Reclaiming Soil Decontamination Costs in the Netherlands', *Journal for European Environmental & Policy and Law (JEEPL)*, 2006/3, p. 240-249, in het bijzonder p. 248.

moeten er overigens wél duidelijke aanwijzingen voor de aanwezigheid van zeggenschap zijn.<sup>246</sup>

Indien zeggenschap over de inrichting van de oliemaatschappij niet (duidelijk) aanwezig is, zal er immers geen sprake kunnen zijn van verantwoordelijkheid voor de verwijdering van de afvalstoffen. Van belang daarbij is het volgende. Ten eerste is het leveren van zaken aan een inrichting op zichzelf onvoldoende om de toeleverancier als drijver van de inrichting aan te merken.<sup>247</sup> Diegene die de feitelijke zeggenschap uitoefent (in dit geval de pomphouder) is als drijver van de inrichting verantwoordelijk, en niet de eigenaar van de tankinstallatie (de oliemaatschappij) of de eigenaar van de grond waarop de tankinstallatie is gevestigd.<sup>248</sup> Ten tweede is de omstandigheid dat een derde (de oliemaatschappij) uit hoofde van een exploitatieovereenkomst mogelijk middelen ter beschikking moet stellen om aan de overtredingen een eind te maken, onvoldoende om deze derde als (mede)drijver van de inrichting aan te merken.<sup>249</sup> *Knijff* merkt in haar noot bij een uitspraak van de Voorzitter van de ABRvS van 30 juni 2000<sup>250</sup> terecht op, dat indien de oliemaatschappij gezien haar contractuele verplichtingen (voortvloeiende uit bijvoorbeeld een exploitatie- of huurovereenkomst) wél maatregelen ter beëindiging van overtredingen had moeten nemen en bekostigen, én ook bijvoorbeeld voorafgaande toestemming had moeten geven voor het nemen deze maatregelen, de oliemaatschappij waarschijnlijk als drijver van de inrichting kan worden beschouwd (vergelijk de omstandigheden in de Texaco-zaak).<sup>251</sup> Vervolgens kan de oliemaatschappij ook als overtreder van de toepasselijke milieu(vergunnings)voorschriften verantwoordelijk worden gehouden voor de verwijdering van de afvalstoffen.<sup>252</sup>

246 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 juni 2000, *AB* 2000, 401, m.nt. *Knijff* (BP), ABRvS 24 december 1998, *AB* 2000, 238, m.nt. *Knijff*, ABRvS 19 augustus 1996, *AB* 1997, 14, m.nt. *PvB* (Kusters/Gemeente Susteren) en ABRvS 21 maart 1997, *BR* 1997, 583 (Fina/Gemeente Susteren).

247 ABRvS 24 december 1998, *AB* 2000, 238 m.nt. C.L. *Knijff* onder *AB* 2000, 241.

248 Vz. ABRvS 19 augustus 1996, *AB* 1997, 14, m.nt. *PvB* (Kusters/Gemeente Susteren) en ABRvS 21 maart 1997, *BR* 1997, 583 (Fina/Gemeente Susteren).

249 Vz. ABRvS 30 juni 2000, *AB* 2000, 401 m.nt. C.L. *Knijff* (BP), r.o. 2.2.4. In de desbetreffende exploitatieovereenkomst was ook opgenomen dat de pomphouder het tankstation op eigen naam en voor eigen rekening en risico uitoefent.

250 Vz. ABRvS 30 juni 2000, *AB* 2000, 401 m.nt. C.L. *Knijff* (BP).

251 *Knijff* merkt in haar noot op onder Vz. ABRvS 30 juni 2000, *AB* 2000, 401 (BP), op: “2. (...) In elk geval lijkt mij van belang dat uit de overeenkomst kennelijk volgt dat BP niet verplicht is om de maatregelen en voorzieningen te bekostigen die moeten worden getroffen om aan de geldende voorschriften te voldoen, maar daar toe kan besluiten. Of dat alleen onder bepaalde omstandigheden en/of bepaalde voorwaarden mogelijk is, is mij niet bekend. Denkbaar is dat als wel een dergelijke verplichting zou bestaan, daaraan voor BP ook meer bevoegdheden zouden zijn verbonden, zoals het geven van toestemming vooraf voor de maatregelen of voorzieningen. Wellicht dat op grond van een dergelijke regeling een bepaalde mate van zeggenschap van de benzinemaatschappij over de inrichting zou kunnen worden aangenomen. Of die mate van zeggenschap dan voldoende zou zijn om “drijverschap” aan te nemen, zal op grond van hetgeen partijen precies zijn overeengekomen moeten worden vastgesteld. (...) 3. De conclusie is dat zolang de benzinemaatschappijen ervoor zorgen dat de overeenkomsten die worden gesloten met pomphouders goed zijn “dichtgetimmerd”, zij bestuursrechtelijk niet aansprakelijk gehouden kunnen worden voor milieuovertredingen.” Zie over het belang van de inhoud van de huurovereenkomst in dit kader ook hoofdstuk 2.

252 Zie wat betreft de verantwoordelijkheid van een leverancier van olie wat betreft de navulling van een ondergrondse olietank en de mogelijkheid van de sanerende Staat om de leverancier aan te spreken op grond van art. 75 lid 1 Wbb, art. 13 Wbb en de Richtlijn Ondergrondse opslag vloeibare aardolieproducten, supplement 1986: HR 1 december 2000, *NJ* 2003, 370, m.nt. WMK.

Er kan worden vastgesteld dat de Texaco-zaak van belang kan zijn voor franchise-verhoudingen.<sup>253</sup> Bij deze verhouding kan de franchisegever immers via de franchise- of exploitatieovereenkomst grote invloed en toezicht op de bedrijfsvoering van de franchisenemer uitoefenen. De bemoeiingen van de franchisegever met de bedrijfsvoering, hetzij via de verplichtingen voortvloeiende uit de franchise- of exploitatieovereenkomst, hetzij via feitelijke gedragingen, kunnen dermate groot zijn dat de franchisegever daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden. De franchisegever kan dan zelfs worden aangeduid als houder van afvalstoffen die zij aan de franchisenemer heeft overhandigd en welke uiteindelijk (bodem)verontreiniging hebben veroorzaakt. Of deze aanduiding als ‘houder van afvalstoffen’ in de zin van richtlijn 75/442/EEG nu werkelijk grote veranderingen in Nederland met zich brengen, lijkt mij twijfelachtig. Ten eerste kan de franchisegever naar Nederlands recht wellicht worden aangesproken op grond van onrechtmatig handelen (door geen toezicht te houden waar dat wel had moeten gebeuren) of vanwege ongerechtvaardigde verrijking als eigenaar of erfpachter. Ten tweede kan de franchisegever als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften onder omstandigheden aansprakelijk worden gehouden ten aanzien van de naleving van de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

Geconcludeerd kan worden dat de Texaco-uitspraak in specifieke gevallen waarbij de geleverde stoffen in de zin van richtlijn 75/442/EEG in de bodem terecht zijn gekomen en de leverancier toezicht op het gebruik van die stoffen had, en daarvoor door de Nederlandse rechter verantwoordelijk wordt gehouden, de leverancier als houder van die afvalstoffen is aan te merken. Alleen als de nationale rechter oordeelt dat er sprake is van verantwoordelijkheid voor de leverancier, kan de leverancier (ook) als houder van de afvalstoffen in de bodem in de zin van richtlijn 75/442/EEG worden aangeduid.

### 3.6 Bevindingen

*De wettelijke saneringsplicht van art. 55b Wbb voor de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter*

De saneringsplicht zoals vastgelegd in art. 55b Wbb kan vergaande consequenties voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter hebben. Nieuw daarbij – en van belang in het kader van bedrijfsovernames – is dat de vervreemdende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter saneringsplichtig blijft ná het moment van de civielrechtelijke overdracht van het desbetreffende bedrijfsterrein, tot het moment dat door de opvolgende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter financiële zekerheid is

---

253 T. den Boon, D. Geeraerts en N. van der Sijs, *van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal*, Utrecht/Antwerpen: Van Dale Lexicografie bv, 2005, veertiende druk: “franchise (...) 5 het recht dat een centrale onderneming tegen bepaalde voorwaarden verleent aan particuliere ondernemers om gebruik te maken van hun kennis van het management en hun naam om het afzetgebied van het eigen product te vergroten.”

gesteld ten behoeve van het uitvoeren van de bodemsanering, en deze financiële zekerheidstelling is goedgekeurd door het bevoegd gezag (art. 55b lid 3 Wbb).

Art. 55b lid 3 Wbb wordt beperkt vanwege de definiëring van overdracht van het eigendoms- of erfpachtrecht. Vooralsnog, dat wil zeggen tot het moment dat uit de jurisprudentie het tegendeel blijkt, moet worden aangenomen dat met de term overdracht wordt bedoeld op een overdracht in de zin van de art. 3:83 e.v. BW. In geval van bijvoorbeeld een overdracht van de aandelen van de rechtspersoon die eigenaar of erfpachter is van de grond, of in geval van een overgang onder algemene titel via bijvoorbeeld een juridische afsplitsing, zal art. 55b lid 3 Wbb geen werking hebben. Datzelfde geldt vooralsnog ten aanzien van een economische eigendomsoverdracht. De rechter zou echter in de toekomst kunnen oordelen dat dergelijke civielrechtelijke gebeurtenissen onder de term overdracht in de zin van art. 55b lid 3 Wbb kunnen vallen. Een dergelijke uitbreiding van het begrip overdracht in art. 55b lid 3 Wbb – waarbij wordt afgeweken van de civielrechtelijke terminologie in het BW – door de rechter lijkt mij echter niet wenselijk. Een dergelijke afwijking van de gangbare civielrechtelijke terminologie zou ten behoeve van de duidelijkheid door de wetgever in de Wbb zelf moeten worden opgenomen. Daarbij zou – om verwarring te voorkomen – de term ‘overdracht’ in art. 55b lid 3 Wbb kunnen worden vervangen door bijvoorbeeld de term ‘transactie’.

Voorts zou in de bestaande regeling van vereffening en ontbinding van een rechtspersoon (art. 2:19 e.v. BW), een regeling kunnen worden opgenomen bepalende dat ook het bevoegd gezag in verzet kan komen tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling van de vereffenaar. Ook is denkbaar dat er een specifieke bepaling wordt opgenomen in de Wbb bepalende dat, in het geval er een voornemen bestaat tot ontbinding en dus tot vereffening van de rechtspersoon waarop een saneringsplicht ex art. 55b Wbb rust, er overleg moet worden gepleegd met het bevoegd gezag. Er zou tevens bepaald kunnen worden dat er in dat geval afspraken met betrekking tot de uit te voeren saneringswerkzaamheden met het bevoegd gezag moeten worden gemaakt, en dat er verplicht financiële zekerheid ten gunste van het bevoegd gezag moet worden gesteld met betrekking tot de uit te voeren saneringswerkzaamheden.

#### *Het (water)bodemsaneringsbevel*

Met betrekking tot bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters in de zin van art. 55a Wbb is het saneringsbevel van art. 46 Wbb niet meer van belang. Wél blijft het *waterbodemsaneringsbevel* ex art. 63k Wbb onverkort van toepassing voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters. Dán gelden de disculpatiemogelijkheden – onder meer met betrekking tot het moment van overdracht – genoemd in art. 63k Wbb nog wel.

Ten aanzien van de juridische fusie en (af)splitsing is betoogd dat een opgelegd saneringsbevel ook geldt voor de rechtsopvolger. Ook het zijn van een onschuldige eigenaar of erfpachter in de zin van art. 63k lid 1 Wbb en art. 46 lid 1 Wbb, zal

gelden voor de rechtsopvolger onder algemene titel, tenzij de rechtsopvolger op andere gronden niet als onschuldig eigenaar of erfpachter kan worden aangemerkt. Bij dat laatste geval moet men bijvoorbeeld denken aan de situatie waarin de rechtsopvolger onder algemene titel juist wel (in)direct betrokken was bij de vervuiling, dan wel een duurzame rechtsbetrekking had met de veroorzaker van de vervuiling. Deze situatie kan zich natuurlijk alleen voordoen indien de opvolgende rechtspersoon reeds bestond vóór het moment van juridische fusie of (af)splitsing.

Voorts is ingegaan op de mogelijkheden van het bevoegd gezag een aangekondigde juridische fusie of (af)splitsing tegen te houden door middel van verzet (art. 2:316 BW of art. 2:334l BW). Geconcludeerd is dat het bevoegd gezag dat een saneringsbevel heeft opgelegd aan een rechtspersoon die juridisch wil fuseren of (af)splitsen, zich niet als schuldeiser tegen die fusie of (af)splitsing kan verzetten indien het bevoegd gezag meent benadeeld te worden vanwege de juridische fusie of (af)splitsing. Datzelfde geldt indien er een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb geldt. In uitzonderingsgevallen, namelijk indien een saneringsbevel niet is nageleefd en het Openbaar Ministerie een boete overeenkomstig de WED heeft opgelegd die niet wordt betaald, heeft het Openbaar Ministerie de mogelijkheid om zich te verzetten tegen de aangekondigde juridische fusie of (af)splitsing. Het verzet van het Openbaar Ministerie zal echter niet heel snel worden gehonoreerd, aangezien zij ook op andere wijze de boete kan verhalen, bijvoorbeeld door middel van verhaal op bepaalde roerende zaken (zie art. 573 Wetboek van Strafvordering).

*Verhaalsacties door de sanerende overheid: de ongerechtvaardigde verrijksactie en de onrechtmatige daadsactie (art. 75 Wbb)*

De ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 lid 3 Wbb jo. art. 6:212 BW is niet subsidiair of ‘achtergesteld’ te noemen ten opzichte van de onrechtmatige daadsactie van art. 75 leden 1 en 6 Wbb jo. art. 6:162 BW. Het lijkt wel redelijk om van de verhaal zoekende overheid te verlangen dat zij nagaat of verhaal op de onrechtmatige veroorzaker ook mogelijk is. Zij hoeft dit echter niet uitputtend na te gaan. Geconcludeerd is dat, zeker sinds de invoering van de wettelijke saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar en erfpachter in de zin van de art. 55a Wbb en art. 55b Wbb, de verhaalsacties van de zélf sanerende overheid vooral een ‘vangnetfunctie’ zullen hebben. In principe staat saneren in eigen beheer door de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter voorop.

De abstracte schadeberekening die thans door de verhaal zoekende sanerende overheid wordt gehanteerd in geval van kostenverhaal op de door de sanering ongerechtvaardigd verrijkte staat in de jurisprudentie nog ter discussie. De redelijkheid kan volgens twee verschillende gerechtshoven (hof Leeuwarden en hof Arnhem) met zich brengen dat ook de destijds door de koper betaalde koopprijs en de omstandigheden waaronder de koopprijs is betaald (geen opzettelijk ‘samenspel’ tussen de verkoper en de koper) een rol van betekenis spelen in het



kader van het berekenen van de hoogte van het bedrag van de ongerechtvaardigde verrijking.

*Europese ontwikkeling: voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem*

Interessant is dat de door de Europese Commissie voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem een zogenaamde 'transfer trigger' zou introduceren in de Europese Unie. Een beperkte transfer trigger weliswaar, want het betreft alleen een onderzoeksplicht in geval van een 'site to be sold' van bepaalde (bedrijfs)terreinen waarop bepaalde activiteiten worden verricht (zie art. 12 en Annex II van de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem). Aan deze onderzoeksplicht kan zowel door de verkoper als de (potentiële) koper worden voldaan, en de onderzoeksresultaten moeten worden overgelegd aan het bevoegd gezag. Daarnaast introduceert de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem een 'authorised body or person' (gecertificeerde/deskundige onderzoeker) die het bodemonderzoek uitvoert en opstelt en die door de overheid is benoemd. Dit voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem wordt echter voorlopig niet ingevoerd vanwege verzet daartegen van enkele Lidstaten van de Europese Unie.

*De hoofdstukken 4 en 5: environmental transfer trigger*

De wetsystematiek waarin bepaalde milieurechtelijke verplichtingen worden opgelegd in geval van een overdracht van een perceel grond of onderneming is reeds toepasselijk in enkele staten binnen de Verenigde Staten, met name de staten New Jersey en Connecticut. Daar is de environmental transfer trigger verdergaand, en is er een verplichting tot bodemsanering gekoppeld aan het moment van overdracht. In de staat Connecticut is tevens al ervaring opgedaan met van overheidswege gecertificeerde milieudeskundigen die toezicht houden op het uitvoeren van het verplicht bodemonderzoek en de bodemsaneringswerkzaamheden.

In de volgende twee hoofdstukken wordt uitgebreid ingegaan op deze transfer triggered environmental acts, en worden de voor- en nadelen van dit soort wetgevingssystematiek nader besproken en geanalyseerd.

## 4 Overdracht van verontreinigde (industrie)terreinen: een onderzoek naar de zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in enkele staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen

### 4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is duidelijk geworden hoeveel moeite het de Nederlandse wetgever heeft gekost om de verantwoordelijkstelling ten aanzien van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging op een effectieve en duidelijke wijze wettelijk in te kaderen. Daarbij speelde vooral de volgende vraag een rol van betekenis: in hoeverre kan op een niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter een bodemsaneringsplicht worden gelegd? Een andere belangrijke vraag was: in hoeverre is kostenverhaal met betrekking tot door de overheid gemaakte bodemsaneringskosten op niet-veroorzakers mogelijk? Verhaal van bodemsaneringskosten op de veroorzaker van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging blijkt in de praktijk vaak moeilijk te zijn. Niet zelden is de veroorzaker niet meer te achterhalen omdat hij bijvoorbeeld is ontbonden als rechtspersoon, of omdat hij is overleden als natuurlijk persoon. Ook zijn er in dat geval juridische beperkingen met betrekking tot de mogelijkheden van kostenverhaal door de overheid. Deze juridische beperkingen vloeien voort uit het in het ons civiele recht vastgelegde en algemeen aanvaarde relativiteitsvereiste (zie art. 6:163 BW, en art. 75 leden 1 en 6 Wbb).

Vanwege deze juridische complicaties en de daaruit voortvloeiende beperkingen ten aanzien van de mogelijkheden tot verantwoordelijkstelling van veroorzakers van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, zijn er door de Nederlandse wetgever, zoals in hoofdstuk 3 ter sprake kwam, verschillende juridische oplossingen bedacht. Ik noem hier kort de verschillende benaderingen van de Nederlandse wetgever gedurende de afgelopen decennia:

- (i) het afdwingen van bodemonderzoek en bodemsanering door middel van het opleggen van een bodemonderzoeksbevel of een bodemsaneringsbevel aan de veroorzaker van de verontreiniging dan wel – onder omstandigheden – aan de niet-veroorzaker (zie par. 3.3.4);
- (ii) bodemsanering uitgevoerd door het bevoegd gezag, gevolgd door kostenverhaal op de veroorzaker van de verontreiniging (zie par. 3.4.1);
- (iii) bodemsanering uitgevoerd door het bevoegd gezag, gevolgd door kostenverhaal op de vanwege de bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte (zie par. 3.4.2); en
- (iv) het (voorlopige) eindstation waarbij er sprake is van een kwalitatieve verantwoordelijkstelling van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters wat betreft

bodemsanering, ongeacht of zij veroorzaker zijn van de historisch veroorzaakte bodemverontreiniging dan wel daarbij betrokken zijn geweest, aangevuld met een subsidieregeling (zie par. 3.3.2).

Het bereiken van het uiteindelijke doel van de deze wetgeving – spoedige sanering van ernstig verontreinigde (bedrijfs)terreinen in Nederland – is niet gemakkelijk gebleken. Daarnaast is het eigenlijke uitgangspunt – namelijk dat niet de overheid en dus indirect de Nederlandse belastingbetalers de saneringskosten behoren te dragen – niet volledig bereikt.

Het feit dat deze specifieke aansprakelijkheid- en verantwoordelijkstelling met betrekking tot bodemverontreiniging zoveel moeilijkheden heeft veroorzaakt gedurende de afgelopen vijftientig jaar, hangt mede samen met de verscheidenheid aan (politieke) standpunten die kunnen worden ingenomen ten aanzien van dit probleem. Dat is uiteraard bij veel wetgeving het geval, maar in dit specifieke geval komt de ‘politieke factor’ duidelijk naar voren. Dat de verschillende politieke standpunten op hun beurt weer voortkomen uit het feit dat het hier om mogelijk hoge kosten gaat, hoeft naar ik meen geen nadere toelichting.

Wat zijn dan precies die verschillende standpunten waaraan in algemene zin kan worden gedacht? Denk bijvoorbeeld aan:

- (a) De vaak gewijzigde bodemwetgeving in Nederland. Deze wijzigingen waren soms overigens mede het gevolg van de jurisprudentie van de Hoge Raad (zie par. 3.4.1). Aan deze wetgeving lag telkens een nieuwe belangenafweging ten grondslag, beginnende met het uitgangspunt dat primair de vervuiler de saneringskosten moest betalen. Sinds 1 januari 2006 is dit uitgangspunt verlaten. Thans is de kwalitatieve verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de grond, niet-veroorzaker van de verontreiniging, het uitgangspunt van de Nederlandse bodemsaneringswetgeving (zie art. 55b Wbb). Daarbij kan ook op de nieuwe uitgebreide subsidieregeling worden gewezen, die het bedrijfsleven in bepaalde mate financieel tegemoet komt. Ook het invoeren van een dergelijke subsidieregeling is een politieke beslissing.
- (b) De omstandigheid dat het lokale bevoegde gezag in Nederland niet vaak een saneringsbevel opgelegde in het verleden. Daaraan kunnen meerdere oorzaken ten grondslag liggen. Bijvoorbeeld de omstandigheid dat het saneringsbevel potentieel zo afschrikwekkend was, dat daadwerkelijke oplegging van een saneringsbevel niet meer nodig was. Maar het valt zeker niet uit te sluiten dat ook andere belangenafwegingen ervoor hebben gezorgd dat saneringsbevelen niet vaak werden opgelegd. Bijvoorbeeld het belang van het behoud van de werkgelegenheid binnen een bepaalde gemeente. Indien een bepaalde gemeente regelmatig een bodemsaneringsbevel zou opleggen, kan dat immers bedrijven afschrikken om zich in die gemeente te vestigen.
- (c) Tevens kan – met betrekking tot bodemverontreiniging die in een ver verleden is veroorzaakt – het standpunt worden ingenomen dat de veroorzakers op het moment van veroorzaking niet wisten of konden weten dat zij onrechtmatig

handelden. Er was op het moment van veroorzaking immers nog geen duidelijke wetgeving op dat vlak, en er was geen breed maatschappelijk besef van het gevaar van milieuverontreiniging. Op grond van dit eerder ter sprake gekomen relativiteitsvereiste (vastgelegd in art. 6:163 BW en ook in art. 75 lid 6 Wbb), kan worden betoogd dat sanering van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging een collectieve verantwoordelijkheid is, die moet worden gedragen door de overheid. De wetgever heeft dit standpunt uiteindelijk verlaten, en stelt bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van historisch verontreinigde grond ook verantwoordelijk (art. 55b Wbb).

De problemen die wij in Nederland hebben gekend, en nog steeds kennen, op dit vlak zijn echter niet uniek in de wereld. Wel is er al vijftientig jaar lang door de Nederlandse wetgever aandacht aan dit probleem besteed, en daarmee mag Nederland zich zeker één van de koplopers op dit wetgevingsgebied noemen. Een andere koploper op dit rechtsgebied zijn de Verenigde Staten. Ook binnen de Verenigde Staten is al sinds langere tijd sprake van de aanwezigheid van specifieke aansprakelijkheidswetgeving met betrekking tot milieu- en bodemverontreiniging. En ook in de Verenigde Staten hebben de verschillende wetgevende instanties, zowel op federaal als op statelijk niveau, de nodige problemen gekend ten aanzien van de juridische en wettelijke inkadering van dit probleem. En er blijkt, in verband met het onderwerp van dit promotieonderzoek, nog een bijzonder aspect aan de hierna te bespreken Amerikaanse wetgeving te zitten: sommige statelijke wetgeving is gekoppeld aan het moment van bedrijfsovername, een verandering in eigendomsverhoudingen binnen een bedrijf, een overdracht van de grond of de sluiting van een bedrijf. Zie hier het bijzondere verband tussen enerzijds bedrijfsovernames, en anderzijds de aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging. Analysering van deze Amerikaanse wetgeving is in het kader van dit onderzoek daarom interessant. Met name de in de staat New Jersey sinds 1983 toepasselijke Industrial Site Recovery Act (par. 4.4) en de Transfer Act in de staat Connecticut, toepasselijk sinds 1985 (par. 4.5), worden in dit hoofdstuk besproken.

Ook buiten de Verenigde Staten is soortgelijke wetgeving geïntroduceerd. Binnen de Europese Unie bijvoorbeeld in Vlaanderen (België). In Vlaanderen is sinds 1995 het Vlaams Decreet betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (Vlaams Bodemdecreet) toepasselijk. Op dit Vlaams Bodemdecreet wordt ingegaan in par. 4.9.

In het verleden is er door de Nederlandse wetgever ook al eens interesse getoond voor het soort milieuwetgeving dat ter sprake komt in dit en het volgende hoofdstuk. Al in het begin van de jaren '90 van de twintigste eeuw heeft er in de Tweede Kamer een discussie plaatsgevonden ten aanzien van de mogelijke invoering van een transfer triggered environmental act in Nederland. Daarbij is destijds ook gekeken naar de toen al in de Amerikaanse staat New Jersey toepasselijke wetge-

ving.<sup>1</sup> Uiteindelijk is er geen uitgebreide ‘vervreemdingsregeling’ in de Nederlandse milieuwetgeving opgenomen. Wel is in de Wbb dus sinds 1 januari 2006 – vele jaren later – de verplichte financiële zekerheidstelling in geval van een overdracht van bepaalde terreinen opgenomen (art. 55b lid 3 Wbb). Zie daarover par. 3.3.2.2. Het precieze motief om destijds geen vervreemdingsregeling (environmental transfer trigger) in de Nederlandse milieuwetgeving op te nemen valt moeilijk te achterhalen. Waarschijnlijk werd dat destijds door de Nederlandse wetgever als een te vergaande wettelijke regeling gezien. Uiteindelijk werden in 1995 onder andere art. 13 Wbb (zorgplicht) en art. 43 en art. 46 Wbb (bodemsaneringsbevel) ingevoerd, pas veel later gevolgd door de invoering van de kwalitatieve saneringsplicht voor de eigenaar en erfpachter van een bedrijfsterrein, en een verplichte financiële zekerheidstelling in geval van overdracht (art. 55a Wbb en art. 55b Wbb (ingevoerd per 1 januari 2006)).

#### **4.2 Verantwoording en reikwijdte van het onderzoek in de Verenigde Staten en Vlaanderen**

Het onderzoek zoals weergegeven in dit hoofdstuk is tot stand gekomen door middel van het bestuderen van Amerikaanse wetgeving, literatuur en jurisprudentie. Daarnaast is informatie verzameld via gesprekken gevoerd met een aantal advocaten en ambtenaren werkzaam in de staten Connecticut, New Jersey, New York en California (in totaal zestien). Het onderzoek heeft zich primair gericht op specifieke wetgeving in de staten New Jersey en Connecticut, aangevuld met informatie met betrekking tot enkele andere staten in de Verenigde Staten, en onderdelen van het federale Amerikaanse recht.

Het onderzoek in de VS zoals weergegeven in dit hoofdstuk en in hoofdstuk 5 is in tweeërlei zin beperkt: het is beperkt tot een aantal staten binnen één federale staat, de Verenigde Staten, én het is juridisch-inhoudelijk beperkt tot een aantal hoofdlijnen. De keuzes ten aanzien van deze beperkingen zijn nader toegelicht in par. 1.3.

Interessant is dat de wetgevende instanties in de onderzochte Amerikaanse staten onderling het probleem ook weer verschillend hebben benaderd. Door middel van het introduceren en bediscussiëren van de verschillende benaderingen in deze staten, is het mogelijk om na te gaan welke van de besproken wetgevingssystemen wellicht kan worden ingevoerd in Nederland of binnen de Europese Unie. Het introduceren van een transfer triggered environmental act, past goed in de huidige ontwikkelingen in Nederland en de Europese Unie.

---

1 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 6-14 (Saneringsgarantie bij grondtransacties).

Ook op Europees niveau is er in het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem een beperkte environmental transfer trigger voorgesteld, waarbij er ten tijde van de verkoop van bepaalde bedrijfsterreinen verplicht een bodemonderzoek moet worden uitgevoerd door de eigenaar/verkoper of de potentiële koper. Zie daarover par. 3.5.1. Kortom, ook binnen de Europese Unie wordt nagedacht over een zogenaamd environmental transfer trigger, oftewel een vervreemdingsregeling, betreffende het aanpakken van het probleem van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging. Speciale aandacht verdient ook Vlaanderen en het daar sinds 1995 toepasselijke Vlaams Bodemdecreet. Het Vlaams Bodemdecreet en het daarbij horende het Besluit van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering en de bodembescherming (Vlaams Bodemreglement) geven een uitgebreide regeling ten aanzien van de overdracht van (mogelijk) verontreinigde grond, en een daaraan gekoppelde bodemonderzoeksplicht en een bodemsaneringsplicht.

Het onderzoek zoals weergegeven in dit en het volgende hoofdstuk betreft eigenlijk de introductie van een specifieke wetgevingssystematiek. Het is voor de lezer van dit en het volgende hoofdstuk van belang om zich te realiseren dat de hierna te bespreken statelijke wetgeving de andere toepasselijke statelijke en federale wetgeving aanvult.<sup>2</sup> Aanvullend, in die zin dat de besproken statelijke wetgeving geldt náást de andere wettelijke bepalingen in deze staten ten aanzien van het voorkomen van (bodem)verontreiniging en het uitvoeren van bodemsanering, én wat betreft de wetgeving toepasselijk in de VS, naast federale wetgeving zoals vastgelegd in met name CERCLA en de Resource Conservation and Recovery Act (RCRA).<sup>3</sup> De constatering dat de besproken wetgeving een aanvullend karakter heeft, is een belangrijke die ook naar voren zal komen in het volgende hoofdstuk, waarin de vraag centraal staat of (beperkte) invoering van een transfer triggered environmental act in Nederland of binnen de Europese Unie zinvol en uitvoerbaar is, en zo ja, in welke vorm.

De hierna in dit hoofdstuk te bespreken Amerikaanse en Vlaamse wetgeving is – evenals art. 46 Wbb en art. 55b Wbb – gericht op sanering van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging waarvan óf de verkoper/rechtsvoorganger veroorzaker is geweest, óf de veroorzaker niet meer valt te achterhalen. De achterliggende gedachten van deze transfer triggered environmental acts zijn dat er op het moment van bedrijfsovername/verkoop van de grond:

---

2 Vergelijk bijvoorbeeld G. Battista, 'The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey', 8 *Seton Hall Legislative Journal* 331, Volume 8, 1985, p. 333-335.

3 Dit kan worden geconstateerd na bestudering van de relevante statelijke wetgeving en literatuur, en is ook naar voren gekomen tijdens de gesprekken die ik heb gevoerd met Lori DiBella, John Looney en David Wrinn (allen assistant Attorney General bij het Department of the Attorney General van de Staat Connecticut) in Hartford (Connecticut) op 13 oktober 2006, en met William Warzecha en Jan Czezotka (beiden supervising analysts bij het Department of Environmental Protection, Remediation Division, van de Staat Connecticut) in Hartford (Connecticut) op 4 oktober 2006. In par. 8.5 wordt nader ingegaan op enkele aspecten van CERCLA, met name op de mogelijke aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders als 'operators' van 'facilities' onder CERCLA.

- (a) een som geld beschikbaar is of komt, namelijk de koopsom, waarmee de eventueel noodzakelijk uit te voeren bodemsanering kan worden gefinancierd. Er hoeven dan geen tussentijds financiële middelen aan de bedrijfsvoering te worden onttrokken vanwege kostbare bodemsaneringswerkzaamheden;
- (b) partijen zich op het moment dat de transactie plaatsvindt bewust (moeten) worden van het probleem, en onderzoek moeten verrichten naar de gesteldheid van de bodem, en de koper dienaangaande correct moet worden geïnformeerd door de verkoper,<sup>4</sup> en
- (c) dergelijke wetgeving dwingt tot het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering op een bepaald moment, met als gevolg een toename van het aantal uitgevoerde bodemsaneringen.

Hierbij moet direct worden opgemerkt, dat de contracterende partijen ook onderling afspraken kunnen maken ten aanzien van de aansprakelijkheid voor de kosten van bodemonderzoek en bodemsanering.<sup>5</sup> De wetgeving is gericht op enerzijds informatieverschaffing door de verkoper/rechtsvoorganger aan de koper/rechtsopvolger en aan de overheid, en heeft daardoor mede als doel het beschermen van de koper, en anderzijds op een efficiënte aanpak van het probleem van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging en de sanering daarvan.<sup>6</sup> Efficiënt in die zin dat de wetgeving de saneringsplicht koppelt aan het plaatsvinden van bepaalde civielrechtelijke transacties, en daardoor het aantal uitgevoerde bodemsaneringen automatisch doet toenemen. De lokale overheid hoeft dus geen aparte beslissing te nemen. Efficiënt ook in de zin dat partijen betrokken bij de transactie zelf het probleem van bodemverontreiniging moeten signaleren en aanpakken, en er op dat moment ook geld beschikbaar is om de bodemsanering te financieren, te weten de koopsom.

De onderzochte statelijke wetgeving is gericht op private sanering. Dat wil zeggen dat de saneringswetgeving zich primair richt op sanering op kosten van diegene die direct baat en belang heeft bij de bodemsanering: de eigenaar/verkoper/rechtsvoorganger of de koper/rechtsopvolger. Via deze wetgeving wordt getracht te voorkomen dat de bodemsanering wordt betaald met publiek geld, dat wil zeggen

---

4 A.P. Nucciarone, 'Real Property Transfers and Brownfields Development', in: M.B. Gerrard (Gen. ed.), *Environmental Law Practice Guide*, New York: LexisNexis, 2006, Volume 5, merkt hierover op (p. 32-29): "Partially in response to the reality that sellers of contaminated properties were transferring them to unwitting owners, a number of states have enacted legislation which requires disclosure and, in one case, an actual site investigation incident to the transaction. These statutes take several forms, from ones which merely require notification to the state to ones which require completion of a disclosure form that must be given to the prospective purchaser prior to transfer."

5 Op de contractuele aspecten ten aanzien van milieuschade ten tijde van een bedrijfsovername of overdracht van vervuilde grond wordt uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 7.

6 Zie ook G. Battista, 'The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey', *Seton Hall Legislative Journal*, Volume 8, 1984-85, p. 335, waar hij opmerkt: "By design, the Act's effectiveness will not depend solely upon government enforcement. Rather, mortgage lenders, apprehensive of a possible voided sale, should require compliance assurances, thus providing a unique and efficient enforcement mechanism. Cleanups should be implemented quickly due in large part to the transferor's desire to complete the transaction. Moreover, the cleanups will be financed entirely by private parties, thus eliminating dependence upon government funding."

overheidsgeld. Deze doelstelling komt overeen met de doelstelling die ten grondslag ligt aan de invoering van de bodemsaneringswetgeving in Nederland. Opmerking verdient dat op deze doelstelling op zich ook weer kritiek kan worden geuit. Bijvoorbeeld: historisch veroorzaakte verontreiniging moet ten laste komen van de gemeenschap, en niet ten laste van de huidige niet-veroorzakende grondeigenaren. En het is ook nog maar de vraag wie uiteindelijk de saneringskosten draagt. Met deze laatste opmerking doel ik op de omstandigheid dat de saneringskosten waarschijnlijk in een bepaalde mate effect zullen hebben op de prijzen van de producten die de sanerende industriële bedrijven uiteindelijk aan de consument verkopen. Maar hier begeef ik mij op het terrein van de (rechts)economie, zoals in hoofdstuk 1 vermeld een terrein dat ik in dit boek niet zal betreden. Een dergelijk (rechts)economisch onderzoek kan naar ik meen wel interessant zijn in het kader van toekomstige andere wetenschappelijke onderzoeken op dit terrein.

#### **4.3 De verhouding statelijk recht – federaal recht binnen de Verenigde Staten**

Een vraag die in geval van een analyse van het Amerikaanse recht eigenlijk altijd rijst, is die ten aanzien van de verhouding tussen enerzijds de wetgeving op statelijk niveau, en anderzijds het federale recht van de Verenigde Staten. Met betrekking tot de statelijke wet- en regelgeving die in dit en het volgende hoofdstuk centraal staat kan het volgende worden opgemerkt.

Een op statelijk niveau toepasselijke transfer triggered environmental act mag niet de toepasselijkheid van de federale wetgeving, zoals CERCLA of RCRA, doorkruisen. De federale wetgever van de Verenigde Staten heeft vrij grote wettelijke bevoegdheden, en heeft sinds de jaren '70 van de twintigste eeuw veel federale milieuwetgeving tot stand gebracht.<sup>7</sup> Deze wettelijke bevoegdheden vloeien mede voort uit de zogenaamde commerce clause in de Amerikaanse Grondwet, die bepaalt dat het federale Amerikaanse Congress in Washington bevoegd is “to regulate Commerce with Foreign Nations and among the several states, and with the Indian Tribes”.<sup>8</sup> Deze commerce clause geeft de federale wetgever in de Verenigde Staten de bevoegdheid om allerlei wetgeving op federaal niveau uit te vaardigen met betrekking tot onderwerpen die betrekking hebben op de handel tussen de verschillende Amerikaanse staten, en vloeit voort uit de zogenaamde Supremacy Clause<sup>9</sup> in de Amerikaanse Grondwet.<sup>10</sup>

7 P. Weinberg, ‘Federal-State Relationships’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-3 en p. 41-4.

8 U.S. Constitution Article I, Section 8, Clause 3.

9 U.S. Constitution Article 6, Clause 2 (Supremacy Clause) luidt: “The Constitution, and the laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land, and the Judges in every State shall be bound thereby, and Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”

10 R.W. Findley en D.A. Farber, *Environmental Law in a Nutshell*, St. Paul (MN): Thomson/West, 2004, p. 58-65.



Daarnaast ontnemt de federale wetgeving de Amerikaanse staten de mogelijkheid om over hetzelfde onderwerp statelijke wetgeving uit te vaardigen, tenzij het statelijke recht in overeenstemming is met de federale wetgeving. Dit fenomeen heeft in de Verenigde Staten de benaming *preemption* gekregen.<sup>11</sup>

Echter, de twee meest voornamelijk federale wetten die betrekking hebben op bodemverontreiniging en aansprakelijkstelling daarvoor, de reeds eerder genoemde RCRA en CERCLA, ontnemen de statelijke wetgeving meestal niet hun rechtsgeldigheid, tenzij de desbetreffende statelijke wetgeving daadwerkelijk de RCRA of CERCLA wetgeving doorkruist.<sup>12</sup> Ook indien de federale wet niet het gehele onderwerp dekt, kan de statelijke wetgeving steeds terzijde worden geschoven indien de federale en statelijke wetgeving niet met elkaar overeenstemmen.<sup>13</sup>

De *commerce clause* brengt met zich dat de statelijke wetgeving de interstatelijke of internationale handel niet al te zeer mag beletten (“unduly burdening interstate or foreign commerce”), en de interstatelijke en internationale handel niet mag discrimineren.<sup>14</sup> De hierna te bespreken *transfer triggered environmental acts*, alle uitgevaardigd op statelijk niveau, zijn niet in strijd met de *commerce clause* of met federale milieuwetgeving.<sup>15</sup> Er is geen vergelijkbare wetgeving op federaal niveau (er is dus geen sprake van *preemption*), de desbetreffende wetgeving conflicteert niet met bepaalde federale wetgeving, en de wetten beletten of discrimineren de interstatelijke en internationale handel niet.

- 
- 11 P. Weinberg, ‘Federal-State Relationships’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-14. Zie ook R.W. Findley en D.A. Farber, *Environmental Law in a Nutshell*, St. Paul (MN): Thomson/West, 2004, p. 66-70. Op p. 69 merken Findley en Farber op: “Every preemption case in a sense is unique. Apart from some vague and usually unhelpful maxims, little can be said about this area of law that is of much help in deciding individual cases. The question before the court in each case is whether Congress in passing a particular statute would have been willing to allow the state to impose certain kinds of regulations in the same area. This is essentially an issue of statutory construction.”
  - 12 P. Weinberg, ‘Federal-State Relationships’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-19 t/m p. 41-22. Weinberg merkt op over CERCLA (p. 41-21 en p. 41-22): “CERCLA’s provisions for a federal fund to reimburse for the costs of cleaning up and removing hazardous waste do not preempt state laws creating similar funds. (...) Where a state standard providing immunity for a person trying to remediate a site in compliance with government requirements is more lenient than CERCLA, it is preempted by the federal law. CERCLA preemption issues frequently arise in the area of remedies. Once a CERCLA remedy is chosen, it cannot be challenged until complete under CERCLA par. 113(h). Plaintiffs attempt to challenge the remedy by bringing state law claims, but with little success.”
  - 13 P. Weinberg, ‘Federal-State Relationships’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-26 t/m p. 41-28. Weinberg merkt daarover op (p. 41-28): “As these decisions indicate, whether there is a conflict between federal and state law turns on the terms of the particular statutes involved.”
  - 14 P. Weinberg, ‘Federal-State Relationships’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-28.1.
  - 15 Business Laws, Inc., Editorial Staff, *State Transfer Laws*, 2000, 111 Supp. 7, p. 31.009: “Application of a state transfer law does not interfere with allocation of liability under CERCLA or a state counterpart. The seller may still seek contribution to the costs of cleanup from other potentially responsible parties (...).”

#### 4.4 New Jersey: de Industrial Site Recovery Act (ISRA)

~ *ISRA is like a symphony* ~<sup>16</sup>

De staat New Jersey mag zich met recht de absolute koploper binnen de Verenigde Staten noemen wat betreft regelgeving ten aanzien van verplicht bodemonderzoek en bodemsanering op het moment van een overdracht van grond of van een bedrijfsovername.<sup>17</sup> Het wettelijke systeem dat in 1983 in New Jersey is ingevoerd is ingenieus te noemen, en vergt grote precisie met betrekking tot de formulering van de wettekst, en een anticiperende en vooruitziende blik van de wetgever. Daarnaast vereist de door de staat New Jersey ingevoerde wetgeving een vergaande politieke wil om bodemverontreiniging terug te dringen, en een voldoende gekwalificeerde ambtelijke staf om de wetgeving zonder al te veel vertragingen uit te kunnen voeren. Tevens wordt van het bedrijfsleven een bepaalde (financiële) inspanning verwacht met betrekking tot het oplossen van het probleem bodemverontreiniging.

Wat de voormelde vereisten van precisie en anticipatie betreft: met deze vereisten is de wetgever van de staat New Jersey, en het Department of Environmental Protection van de staat New Jersey (NJDEP) in het bijzonder, in de jaren '80 van de twintigste eeuw hard geconfronteerd.

Het type wetgeving zoals oorspronkelijk in 1983 ingevoerd in New Jersey (de Environmental Cleanup Responsibility Act, ECRA) zal, zoals hierna zal blijken, voor veel wetgevers geen aantrekkelijk voorbeeld zijn. Het zal ook mede daarom zijn dat de oriëntatie door de Nederlandse wetgever op New Jersey's ECRA in het begin van de jaren '90 van de twintigste eeuw geen verder vervolg heeft gekregen in Nederland.<sup>18</sup> Ondanks de omstandigheid dat door de Nederlandse wetgever des-

16 Uitspraak van één van de geïnterviewden, mevrouw Rachel J. Lehr, als Deputy Attorney General van de staat New Jersey in Trenton (NJ) werkzaam bij het Office of the Attorney General van de staat New Jersey.

17 De desbetreffende wetgeving is onderdeel van Title 13 van New Jersey's Statutes, Conservation and Development – Parks and Reservations, Harmful Substances (Industrial Site Recovery Act, Par. 13:1 K-6 e.v.), Title 58 van New Jersey's Statutes, Waters and Water Supply Act (Hazardous Discharge Site Remediation, Par. 58-10B-1 e.v.) en New Jersey's Administrative Code, Title 7, Par. 7:26B-1.1 e.v. (Industrial Site Recovery Act Rules).

18 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727 nr. 1, p. 6-14 (Saneringsgarantie bij grondtransacties). In de kamerstukken werd toen onder andere opgemerkt (p. 6-7): "(...) Voor deelname aan de workshop van 6 en 7 december 1990 over een vervreemdingsverbod is een delegatie uit New Jersey uitgenodigd. Als leider van die delegatie en co-voorzitter van de workshop trad op M. F. Catania, tot voor kort onderminister voor milieubeheer in de staat New Jersey (...)." En op p. 12 van deze kamerstukken leest men: "(...) In de Verenigde Staten van Amerika heeft New Jersey het duidelijkste en oudste voorbeeld van een bodemsaneringsplicht op het vervreemdingsmoment. (...) In de workshop is besproken in hoeverre een dergelijke wettelijke constructie in Nederland tot het gewenste resultaat zou kunnen leiden. In algemene zin is ten aanzien van een vervreemdingsverbod geconcludeerd, dat daardoor voorkomen kan worden dat de belastingbetaler of de koper voor de kosten opdraait, dat de bodemsaneringsoperatie kan worden versneld en dat een preventieve milieuzorg binnen bedrijven kan worden bevorderd." Op p. 13 wordt opgemerkt: "(...) Het marktmechanisme gecombineerd met de juridische verplichtingen leiden er niet toe dat noodzakelijke bodemsanering bij elke overdracht wordt gewaarborgd. Het kabinet acht het daarom wenselijk dienaangaande een regeling te treffen. In het buitenland zijn ervaringen opgedaan met een dergelijk instrument. Het vervreemdingsverbod in New Jersey voorziet →

tijds serieus is nagedacht over de invoering van een zogenaamde ‘vervreemdingsregeling’ in Nederland, is een dergelijke regeling uiteindelijk niet geïntroduceerd in Nederland.<sup>19</sup> De enige vervreemdingsregeling is thans terug te vinden in art. 55b lid 3 Wbb (zie par. 3.3.2.2).

Echter, New Jersey’s ECRA is sindsdien op belangrijke punten aangepast naar aanleiding van juridische en praktische problemen die de wet in de dagelijkse praktijk veroorzaakte, en de wetgever in de staat Connecticut heeft soortgelijke, gemakkelijk uitvoerbare, wetgeving tot stand gebracht (zie par. 4.5). Hernieuwde aandacht voor dit type wetgeving kan derhalve tot nieuwe inzichten leiden.

Hierna wordt ingaan op de inhoud en strekking van de desbetreffende transfer triggered milieuwetgeving in de staat New Jersey. Eerst wordt ingegaan op de oorspronkelijk in New Jersey toepasselijke wetgeving, ECRA (par. 4.4.1), en vervolgens op de thans geldende wet, ISRA (par. 4.4.2). Kennisname van ECRA is in zoverre interessant, omdat het duidelijk maakt dat wetgeving op dit terrein haar doel voorbij kan schieten indien niet goed is nagedacht over de formulering en uitvoering van de wettelijke regels.

---

in tegenstelling tot het bouwverbod in Quebec en de kopersvrijstelling in Hessen in deze behoefte. Op p. 14 wordt opgemerkt: “(...) Teneinde het bovenstaande te kunnen realiseren, is een zekere ingreep in de contractsvrijheid onontkoombaar. Deze ingreep dient zo beperkt mogelijk te zijn. (...) Aan de overdracht van (rechten op) onroerende zaken dienen derhalve bodemonderzoek en – indien daaruit blijkt dat bodemsanering noodzakelijk is – een saneringsgarantie te worden verbonden. Aan dit standpunt zal juridisch nader vorm moeten worden gegeven. Daarbij zal niet alleen nog op de in de voorgaande paragrafen opengelaten punten worden ingegaan, maar ook meer concreet worden aangegeven hoe de saneringsgarantie er uit moet zien, welke financiële en temporele voorwaarden daaraan worden verbonden en welke consequenties er voor de transactie zelf zijn.” Ook de heer David B. Farer, advocaat bij het advocatenkantoor Farer Fersko in Westfield, New Jersey, en als voormalig extern juridisch adviseur van het parlement van New Jersey nauw betrokken bij de wijzigingen van ECRA eind jaren ‘80/begin jaren ‘90 van de twintigste eeuw, maakte tijdens het interview dat ik met hem op zijn kantoor had op 18 oktober 2006 in Westfield (NJ) melding van de interesse vanuit Nederland destijds ten aanzien van ECRA.

19 In 1994 werd door de minister van VROM tijdens het beantwoorden van schriftelijke vragen van de vaste Commissie voor Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van de Tweede Kamer ten aanzien van de ongerechtvaardigde verrijgingsregeling (thans art. 75 lid 3 Wbb) nog het volgende gezegd: “Een verplichte schone-grondverklaring zou geen effect hebben op alle gevallen waarin reeds transacties met verontreinigde grond hebben plaatsgevonden. Voor deze gevallen is derhalve het beleid inzake ongerechtvaardigde verrijking van belang. Een verplichte schone-grondverklaring zou als effect hebben dat verontreinigde grond niet meer mag worden overgedragen. Dit zou te vergaande gevolgen hebben. Aan een minder vergaande regeling betreffende de problematiek van vervreemding van verontreinigde grond wordt gewerkt in het kader van de Vervreemdingsregeling (zie de notitie Bodemverontreiniging en Grondtransactie, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1). Deze laatste regeling sluit overdracht van verontreinigde grond niet geheel uit. Ook met een dergelijke regeling kan zich derhalve ongerechtvaardigde verrijking voordoen.” (zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994-1995, 22 727, nr. 12, p. 5). Uiteindelijk is deze ‘vervreemdingsregeling’ er niet gekomen, maar bevat het per 1 januari 2006 ingevoerde art. 55b lid 3 Wbb voor gevallen wanneer een saneringsplicht rust op het desbetreffende industriële terrein wél een financiële zekerheidstelling en saneringsplicht van de vervreemder tot het moment waarop de rechtsopvolger zich financieel garant stelt met betrekking tot de bodemsaneringskosten. In het kader van de Beleidsvernieuwing bodemsanering (BEVER) is ook door het Interdepartementaal beleidsonderzoek een ‘vervreemdingsregeling’ voorgesteld (zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, ‘Interdepartementaal beleidsonderzoek; bodemsanering’, p. 17).

#### 4.4.1 Een stapje terug in de geschiedenis: New Jersey's Environmental Cleanup Responsibility Act (ECRA) uit 1983

##### 4.4.1.1 De hoofdlijnen van ECRA

New Jersey's ECRA<sup>20</sup> was de eerste wet binnen de Verenigde Staten die bepaalde civielrechtelijke transacties – bedrijfsovernames en onroerend goed transacties – koppelde aan een wettelijke plicht tot het uitvoeren van een bodemonderzoek en vervolgens, indien noodzakelijk, tot het uitvoeren van een bodemsanering. De wet was, en is, mede gericht op bescherming van de koper/rechtsopvolger. De wet is tevens ontworpen om het aantal saneringen van verontreinigde bedrijfsterreinen in de staat New Jersey te vergroten en om moeilijke, tijdrovende en kostbare gerechtelijke procedures, geïnitieerd door de sanerende overheid tegen veroorzakers van historische bodemverontreiniging, te voorkomen.<sup>21</sup> Via ECRA kreeg de overheid (dat wil zeggen het NJDEP) door de wetgever een toezichhoudende en sanctiонерende rol toebedeeld op het moment van verkoop van bepaalde bedrijven en bedrijfsterreinen in de staat New Jersey.<sup>22</sup> ECRA heeft in andere staten binnen de Verenigde Staten beperkte navolging gekregen, met name in de staat Connecticut (zie par. 4.5). Op de transfer triggered milieuwetgeving in een aantal andere staten binnen de Verenigde Staten wordt later in dit hoofdstuk ingegaan (zie par. 4.6 en par. 4.7).

20 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-6 tot en met 13, zoals toepasselijk in New Jersey per 31 december 1983.

21 Zie de 'preamble' van de wet in N.J. Stat. Ann., Par. 13:1K-7 (ECRA 1983/ ISRA 1993), getiteld 'Legislative findings and declarations', tevens opgenomen in de Bijlage bij dit boek. Een gerechtelijke procedure in het bijzonder heeft mede ten grondslag gelegen aan de invoering van ECRA: State, Dept. Of Environ. Protect. v. Ventron Corp., 94 N.J. 473 (1983). G. Battista merkt daarover op: "Although the *Ventron* opinion helped to clarify many of the liability issues raised in such situations, the litigation process was expensive and time consuming. The New Jersey Legislature recognized that such lengthy litigation could not be tolerated in similar situations where industrial sites posed an immediate environmental threat. The New Jersey Environmental Cleanup Responsibility Act (...) was passed largely in an effort to avoid future situations similar to *Ventron*." Zie G. Battista, 'The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey', *Seton Hall Legislative Journal*, Volume 8, 1984-85, p. 331-332. A.P. Nucciarone, 'Real Property Transfers and Brownfields Development', in: M.B. Gerrard (Gen. ed.), *Environmental Law Practice Guide*, New York: LexisNexis, 2006, Volume 5, merkt over het ontstaan van ECRA op (p. 32-29): "The New Jersey Environmental Cleanup Responsibility Act (ECRA) was enacted at the end of 1983 in the wake of the abandonment or bankruptcy of a number of industrial operators who left behind parcels of property with serious contamination which had to be remedied with public monies."

22 Ten aanzien van de totstandkoming ECRA en de uitwerking van ECRA in de praktijk gedurende de jaren '80 van de twintigste eeuw is een aantal goed gedocumenteerde artikelen verschenen. Ik noem hier (in chronologische volgorde): G. Battista, 'The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey', 8 *Seton Hall Legislative Journal* 331, 1985, p. 331-370, D.B. Farer, 'ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law', *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 113-147, I.L. Motiuk en D.J. Sheridan, 'New Jersey's ECRA: Problems, Policies, Future Trends', *Toxics Law Reporter*, May 23, 1990, p. 1459-1469, B.F. Whitman, *Superfund law and practice, A handbook on the Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act and Cleanup Laws of New Jersey*, Philadelphia: American Law Institute-American Bar Association, Committee on continuing professional education, 1991, p. 263-274, M.K. Dowd, 'New Jersey's reform of contaminated site remediation', 18 *Seton Hall Legislative Journal* 207, 1993, E.D. Hogan, 'Focus on New Jersey: How Do You Spell ECRA Reform? – ISRA', *Journal of Environmental Law & Practice*, July/August 1993, Volume 1, Number 1, p. 57-64 en D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, 1996, p. 51-80.

Dit soort wetgeving dankt haar naam – transfer triggered environmental act – aan het feit dat haar toepasselijkheid afhankelijk is van een bepaalde civielrechtelijke transactie, bijvoorbeeld de verkoop van aandelen van de vennootschap die eigenaar is van de grond, de verkoop van activa/passiva of de verkoop van een perceel grond. Dergelijke wetgeving beïnvloedt tevens de contractsvrijheid van partijen.<sup>23</sup> Op de precieze reikwijdte en achtergrond van deze transfer triggers onder New Jersey's ISRA wordt ingegaan in de volgende paragraaf. Deze vernieuwende wetgeving is mede in de staat New Jersey als eerste geïntroduceerd aangezien in deze staat erg veel vervuilde terreinen aanwezig zijn. Dit vanwege de vroege en omvangrijke industrialisatie in deze staat, waarbij industrieterreinen vaak zijn gelegen binnen stedelijke gebieden.<sup>24</sup> Tevens is het totale grondgebied binnen de staat New Jersey beperkt – het is een vrij kleine staat – waardoor (industriële) grond een relatief schaars goed is. Kortom, omstandigheden die ook op Nederland van toepassing zijn.

Naast deze transfer triggers introduceerde ECRA een nieuwe wettelijke voorwaarde voor een bedrijfsovername, een onroerend goed transactie, dan wel het sluiten van een bedrijf binnen de staat New Jersey. Zolang niet aan de wettelijke vereisten van ECRA werd voldaan, kon de overdracht of sluiting van de desbetreffende industrial establishment (zie over deze term hierna) niet plaatsvinden. Kort gezegd moest de NJDEP de resultaten van de bodemonderzoeken en de bodemsaneringsplannen beoordelen en goedkeuren vóórdat deze konden worden uitgevoerd en de (bedrijfs)overdracht of sluiting van het bedrijf kon plaatsvinden.<sup>25</sup> Indien een bodemsaneringsplan was goedgekeurd door het NJDEP, moest er tevens door de indiener van het bodemsaneringsplan (de verkoper/overdragende partij) financiële zekerheid met een waarde gelijk aan de te verwachten saneringskosten worden gesteld.<sup>26</sup>

De toepasselijkheid van ECRA moest door partijen zelf worden onderzocht. Dat wil zeggen dat partijen zelf het NJDEP op de hoogte moesten stellen van de toepasselijkheid van ECRA, en wel binnen vijf dagen na de triggering event, en zich daarna aan een bepaald tijdschema moesten houden. Ook onder ECRA's opvolger, ISRA, moeten de partijen de toepasselijkheid van de wet zelf onderzoeken.

---

23 Zie in verband met ECRA/ISRA *Feighner v. Sauter*, 259 N.J. Super. 583: “(...) [1, 2] Plaintiffs’ assertions that ECRA does not affect the rights of the parties to a contract to sell industrial realty is legally incorrect. Recently, our Supreme Court in *Dixon Venture v. Joseph Dixon Crucible*, 122 N.J. 228, 584 A.2d 797 (1991), recognized that ECRA affects the rights and/or obligations of both seller and buyer. When, as here, the seller and buyer enter into a contract with the knowledge that ECRA applies, and the contract does not shift the ECRA responsibility to the buyer, the statute imposes absolute liability for cleanup upon the seller (...). *Dixon* did not involve any contractual obligation to comply with ECRA, yet the Court found a statutorily imposed obligation upon the seller. Where the contract has not shifted the cleanup responsibility to the buyer, the “seller assumes the risks of cleanup and should not be able to avoid them by insisting on the rescission remedy.”

24 Zie M.K. Dowd, New Jersey's reform of contaminated site remediation, 18 *Seton Hall Legislative Journal* 207, 1993, met name de inleiding van dit artikel en noot 2 bij dit artikel.

25 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9 tot en met 11 (1983).

26 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9 (1983).

Indien niet werd voldaan aan de vereisten voortvloeiende uit ECRA, kon zowel de koper<sup>27</sup> als het NJDEP<sup>28</sup> de transactie/koop vernietigen. Het NJDEP kon daarbovenop boetes tot maximaal 25 000 dollar per dag aan de overtreder opleggen. Eigenaren en drijvers (operators) van de industrial establishments die ECRA niet naleefden, konden aansprakelijk worden gesteld (risicoaansprakelijk, dus zonder dat daarvoor schuld hoeft te worden aangetoond) voor bodemsaneringskosten en andere ontstane schade.<sup>29</sup> Ook de bestuurders en andere bij het management van de rechtspersoon betrokken personen (officers) die bewust goedkeuring aan overtredingen van ECRA door die rechtspersoon hadden gegeven, konden persoonlijk aansprakelijk worden gesteld.<sup>30</sup> Deze sancties op overtreding van de wettelijke bepalingen zijn grotendeels in stand gebleven onder ISRA.

Ten slotte werd het gehele ECRA-programma van het NJDEP gefinancierd via een retributie (application fee) die de aanvrager – de verkopende of sluitende eigenaar of drijver – aan het NJDEP moest betalen. Deze wijze van financieren is, zoals wij hierna zullen zien, ook onder ISRA behouden gebleven.<sup>31</sup>

#### 4.4.1.2 *De kritiek op, en de tekortkomingen van, ECRA gedurende de eerste 10 jaar van haar bestaan*

De invoering van ECRA zorgde in 1983 en de jaren daarna voor grote commotie in New Jersey. Dit kwam vooral door de onduidelijke en onprecies geformuleerde wettekst,<sup>32</sup> en de grote vertragingen die de wet met betrekking tot bedrijfsovernames met zich meebracht. Hier worden kort de onduidelijkheden van de ECRA wetgeving die tot deze ontevredenheid, en uiteindelijk tot belangrijke wijzigingen van ECRA, hebben geleid op een rijtje gezet:

27 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13a (1983).

28 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13b (1983).

29 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13a (1983).

30 ECRA, N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13c (1983).

31 Tijdens het interview dat ik met advocaat David B. Farer op 18 oktober 2006 op zijn kantoor Farer Fersko in Westfield (NJ) had, merkte hij op dat deze wijze van financiering mede voortvloeit uit de omstandigheid dat Amerikanen niet erg geneigd zijn om algemene belastinggelden voor dit soort specifieke situaties aan te wenden. Een directe vorm van het leveren van een financiële bijdrage ligt volgens hem politiek gezien minder gevoelig in de Verenigde Staten.

32 David B. Farer merkte daarover op: "Now in its fifth year, ECRA also has the dubious distinction of facing relentless criticism, not because of its basic and ingenious premises, but rather because of its flawed draftsmanship and questionable constitutionality as well as inadequacies, inefficiencies and delays in its administration". En: "ECRA was artlessly drafted. For all of its ingenuity in concept, the execution is incompletely realized, imprecise and confusing". Zie zijn artikel 'ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law', *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 113 respectievelijk p. 117. Zie ook D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, p. 51-52 (met vele bronverwijzingen): "ECRA, however, was not well received by business and industry. ECRA was the most encompassing and restrictive state statute regulating real property transfers. ECRA was difficult to administer and imposed immense costs and delays, effectively driving some business and industry out of New Jersey. ECRA did not only caused the loss of jobs in New Jersey, but also created a perception that the state was hostile to business." Zie tevens B.F. Whitman, *Superfund law and practice, A handbook on the Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act and Cleanup Laws of New Jersey*, Philadelphia: American Law Institute-American Bar Association, Committee on continuing professional education, 1991, p. 263-274.

- De reikwijdte van de transfer trigger, dat wil zeggen de reikwijdte van de civielrechtelijke gebeurtenis (transfer) die ECRA toepasselijk deed zijn, was onduidelijk geformuleerd en leidde tot verwarring.
- De transfer trigger was alleen toepasselijk in geval het een transactie met betrekking tot een industrial establishment betrof. Industrial establishments zijn ingevolge ECRA (en ISRA) die bedrijven, die in bepaalde groepen van de zogenaamde federale North American Industrial Classification Standard (NAICS) vallen. Deze standaard is ooit opgesteld ten behoeve van heel andere doelstellingen (al voordat het milieurecht bestond), zonder rekening te houden met de omstandigheid dat de desbetreffende industrietak gevaarlijke stoffen gebruikte, produceerde of dumpte. Gevolg van deze verwijzing naar NAICS codes in ECRA: er vielen allerlei ondernemingen, zoals reisbureaus die hun kantoorruimte verwarmden door middel van olie, onder de reikwijdte van ECRA terwijl andere ondernemingen, zoals benzinestations, juist niet onder de toepasselijke NAICS codes vielen zodat ECRA ten aanzien van dat soort ondernemingen juist niet toepasselijk was.
- De termen owner en operator waren in ECRA niet precies gedefinieerd, waardoor het kon voorkomen dat een bedrijfsovername die voornamelijk in andere staten of zelfs buiten de Verenigde Staten plaatsvonden, maar waarbij tevens een bedrijfsterrein gelegen in de staat New Jersey was betrokken, onder ECRA viel. De potentiële reikwijdte van ECRA was derhalve groot.
- Er was geen goed mechanisme aan de hand waarvan de aanvrager (eigenaar/operator/verkoper) kon nagaan of zijn bedrijf onder ECRA viel.
- De ambtelijke staf binnen het NJDEP kon de grote hoeveelheid werk voortkomende uit ECRA niet aan.<sup>33</sup> Gevolg: grote vertragingen bij het afronden transacties, geen departementale begeleiding van aanvragers, geen duidelijke saneringsstandaarden, en toepasselijkheid van veel niet-openbare interne beleidsregels van het NJDEP.<sup>34</sup>
- De aanvrager/verkoper moest, in geval zij de transactie doorgang wilde laten vinden vóórdat de grondsanering was afgerond, daarvoor niet alleen de goedkeuring van het NJDEP verkrijgen (via een zogenaamde Administrative Consent Order), maar ook een surety bond of financial assurance creëren ter garantie dat de desbetreffende saneringskosten ook echt door haar gefinancierd zouden worden. Deze financiële zekerheidstelling moest in tact blijven totdat de gehele bodemsanering was afgerond, hetgeen in de praktijk betekende dat de aanvrager soms jaren lang niet over dit bedrag kon beschikken. De

33 Zie 'Businesses urged to increase efforts to analyze impact of laws, regulations', *BNA Toxics Law Reporter*, Volume 2, Number 2, June 10, 1987, p. 57-58.

34 David Farer merkt daarover op: "The chronic problem of ambiguity in the interpretation and application of ECRA is inextricably bound up with the fact that ECRA is an environmental law, regulated by an environmental agency, but triggered by specific events taking place in the world of real estate, business and commerce. Thus, the agency is thrust into the position of interpreting and judging events and transactions entirely outside of its area of expertise, without the benefit of counsel from experts in the field." Zie: 'ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law', *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 129.

financiële zekerheidstelling moest minimaal 1 000 000 dollar omvatten. Dit vereiste bracht tevens met zich mee dat de werkelijke saneringskosten ten tijde van de bodemsanering niet uit dit fonds mochten worden gefinancierd, maar dat de aanvrager/verkoper dáárvoor financiële middelen opzij moest zetten. Het was soms moeilijk voor de aanvrager/verkoper om geldschieters te vinden die deze aparte financiële zekerheidstelling wilden creëren en in stand houden.

- Indien de aanvrager/verkoper niet voldeed aan zijn verplichtingen voortvloeiende uit ECRA, kon zowel de koper als het NJDEP de koopovereenkomst vernietigen.<sup>35</sup> Het NJDEP kon ook haar goedkeuring aan de overdracht onthouden.<sup>36</sup> Deze ongelimiteerde mogelijkheid om de koop te vernietigen, zelfs door het NJDEP, bracht soms grote onzekerheid met zich mee voor de verkoper.

Kortom, de wetgeving werd bekritiseerd door het bedrijfsleven in de staat New Jersey. ECRA zou negatieve gevolgen hebben voor het bedrijfsleven en voor de werkgelegenheid in de staat New Jersey, zo concludeerde een onderzoek uit 1989 uitgevoerd door de Commerce and Industry Association van New Jersey:<sup>37</sup>

“Half of the 147 New Jersey firms surveyed by the regional business organization said their experiences with New Jersey’s 6-year-old industrial cleanup law have persuaded them to leave the state or to scap plans for expansion. Respondents to the statewide poll by the Commerce and Industry Association of New Jersey, which represents 2,000 businesses in six northern New Jersey counties, said cutbacks made because of the 1984 Environmental Cleanup Responsibility Act (ECRA) have cost the state 4,979 jobs (...).

Rather than face potential delays and costs to get a clean bill of health through the ECRA program, which is triggered when a business owner seeks to sell or mortgage property or take any other action that might limit the assets available for cleanup, companies are tailoring their business plans to avoid triggering a review under the law (...). That means maintaining the status quo or scaling back, (...). (...).

About three-quarters of the survey respondents blamed their involvement in the ECRA review process for delays, additional expenses, and other difficulties in obtaining business financing (...).

---

35 De verkoper kan de overeenkomst niet op grond van ECRA ontbinden. De koper hoeft trouwens niet altijd over te gaan tot ontbinding, maar kan ook bijvoorbeeld schadevergoeding van de verkoper eisen. Zie *Feighner v. Sauter*, 259 N.J. Super. 583: “(...) [8] Contrary to plaintiffs’ assertions, defendants were not limited to the remedy of rescission. While the contract granted defendants the unilateral right of rescission as an election of remedies, the contract did not purport to diminish or dislodge other equitable remedies which our law has conferred upon a purchaser of realty. *Dixon* generally acknowledges that a purchaser has the right not only to rescind the contract, but the purchaser is also free to seek other equitable relief or monetary damages if the seller unreasonably fails to comply with ECRA.”

36 Het NJDEP heeft ook de mogelijkheid om een eerdere goedkeuring aan een overdracht in te trekken. Zie ‘Purchaser seeks to use ECRA to void sale of property later found to be contaminated’, *BNA Toxics Law Reporter*, Volume 4, Number 1, June 7, 1989, p. 13.

37 ‘ECRA enforcement overburdens industry, cost almost 5,000 jobs, survey reveals’, *BNA Toxics Law Reporter*, Volume 4, Number 43, April 4, 1990, p. 1247-1248.



A New Jersey environmental official dismissed the poll as unscientific and slanter, based on leading questions presented to a biased survey sample (...). He said 6,000 sites have been through the ECRA review process since 1984, half of which have been certified as “clean,” and about 1,200 new sites come under review yearly, with cleanup expenditures in 1989 totalling \$ 106 million.”<sup>38</sup>

In reactie op deze kritiek en op de praktische problemen die zich voordeden ná de invoering van ECRA, heeft de wetgever van de staat New Jersey ECRA in 1993 aangepast. Om ECRA van haar negatieve imago te ontdoen, heeft de wet in 1993, tegelijkertijd met de invoering van de wijzigingen, tevens een nieuwe naam gekregen: de Industrial Site Recovery Act (ISRA).<sup>39</sup> Dat neemt niet weg dat de wet op veel punten niet is veranderd. Echter, de wet is nu duidelijker geformuleerd, meer op de overnamepraktijk gericht en is minder strikt in vergelijking met haar voorganger ECRA.

#### 4.4.2 *De thans in New Jersey geldende Industrial Site Recovery Act (ISRA)*

##### 4.4.2.1 *Algemeen*

In deze paragraaf zal de inhoud en reikwijdte van ISRA worden besproken.<sup>40</sup> De huidige wettekst van ISRA is gedeeltelijk opgenomen in de Bijlage bij dit boek. Bepaalde regels in ISRA zijn uitgewerkt in New Jersey’s Administrative Code 7:26B-1.1 e.v. (Industrial Site Recovery Act Rules) en in New Jersey’s Statutes

38 Tijdens het interview dat ik had met Jim Bono van het NJDEP in Trenton op 26 februari 2007, merkte hij op dat er inderdaad sprake is geweest van een economische teruggang in de staat New Jersey gedurende de afgelopen decennia, maar dat dit niet specifiek te maken heeft gehad met de toepasselijkheid van ECRA/ISRA. Immers, de kosten met betrekking tot de naleving van ISRA zijn vaak verwaarloosbaar in geval van grote bedrijfsovernames, aldus Bono. Vaak spelen andere factoren een rol bij de afweging om een bedrijf te verplaatsen, bijvoorbeeld fiscale redenen of het feit dat de arbeidskosten elders in de wereld veel lager zijn dan in de staat New Jersey. Daarnaast is de teruggang van de zware industrie in de VS een algemeen verschijnsel (geweest). Ook in staten die geen met ISRA vergelijkbare transfer triggered environmental acts hebben ingevoerd, heeft dit verschijnsel zich volgens Bono voorgedaan.

39 A.P. Nucciarone, ‘Real Property Transfers and Brownfields Development’, in: M.B. Gerrard (Gen. ed.), *Environmental Law Practice Guide*, New York: LexisNexis, 2006, Volume 5, merkt over ISRA op (p. 32-29): “As a result, ISRA was enacted to promote efficient and timely cleanups and to eliminate unnecessary financial burdens of remediating contaminated sites. ISRA effectively streamlines the regulatory process by establishing summary administrative procedures for industrial establishments that have previously undergone an environmental review, and by reducing oversight of those industrial establishments where less extensive regulatory review will ensure the same degree of protection to the public health and environment. The new procedures in ISRA are designed to guard against redundancy in the regulatory process and to minimize governmental involvement in certain business transactions.”

40 ECRA/ISRA is beschreven in vele publicaties, waarvan ik hier noem: L. Schnapf, ‘New Jersey’, in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. NJ-77 – NJ-84, A.P. Nucciarone, ‘New Jersey’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 7, 2006, p. 72-20-72-21, Business Law, Inc., Editorial Staff, *State Transfer Laws*, 2000, 111 Supp. 7, p. 31.004-31.016, R.J. Conway Jr., ‘ISRA: What you need to know’, 160-APR *N.J. Law* 16, R.J. Conway en R.M. Casavechia, ‘Attention N.Y. Lawyers: Major Amendments to ECRA’, 9/28/93 *N.Y.L.J.* 1, (col. 1), D.B. Farer, ‘Industrial Site Recovery Act: New Jersey’s Chosen Road to ECRA Reform’, *Toxics Law Reporter*, July 7, 1993, p. 147-150 en E.D. Hogan, ‘Focus on New Jersey: How Do You Spell ECRA Reform? – ISRA’, *Journal of Environmental Law & Practice*, July/August 1993, Volume 1, Number 1, p. 57-64.

58:10B-1 tot en met 58:10B-31 (Hazardous Discharge Site Remediation). De wetsartikelen N.J. Admin. Code 7:26B-1.1 e.v. (Industrial Site Recovery Act Rules) zijn gedeeltelijk in de Bijlage weergegeven.

ISRA bepaalt kort gezegd dat een owner (eigenaar) of operator – ongeveer te vergelijken met het begrip drijver in de Nederlandse milieuwetgeving – van een industrial establishment – ongeveer te vergelijken met het begrip inrichting in de zin van de Wet milieubeheer – die haar industrial establishment wil verkopen óf sluiten, het NJDEP daarvan op de hoogte moet stellen. Deze kennisgeving dient plaats te vinden binnen vijf kalenderdagen na het sluiten of na de openbare bekendmaking van de sluiting van de industrial establishment, dan wel binnen vijf kalenderdagen na de execution van een overeenkomst tot overdracht van de eigendom of de operations van de industrial establishment.<sup>41</sup> Een eigenaar of operator mag de industrial establishment niet overdragen zonder toestemming van het NJDEP.<sup>42</sup> De bekendmaking aan het NJDEP dient te geschieden via het indienen van een General Information Notice aan het NJDEP.<sup>43</sup> Het is dus niet de mate van vervuiling die ISRA toepasselijk doet zijn, maar juist de civielrechtelijke transactie met betrekking tot, of de sluiting van, de desbetreffende industrial establishment.

#### 4.4.2.2 *Wanneer is ISRA toepasselijk?*

Van groot belang is de reikwijdte van de wet: welke industrial establishments vallen onder het bereik van ISRA en welke transacties doen ISRA toepasselijk zijn? In tegenstelling tot ECRA, zet ISRA gedetailleerd uiteen wanneer de wet toepasselijk is. De reikwijdte van de definities van industrial establishment, owner, operator, closing of operations, transfer of ownership or operations en change in ownership in ISRA (N.J. Stat. Ann. 13:1K-8) zijn bepalend voor de reikwijdte van de wet.

#### *Industrial establishment*

De eerste test ter bepaling of ISRA al dan niet toepasselijk is, is het nagaan of een bepaald bedrijf al dan niet onder de definitie van industrial establishment valt. In de Nederlandse wetgeving kennen wij in een ander verband, bij de beantwoording van de vraag wanneer een inrichting milieuvergunningplichtig is in de zin van de Wm dan wel zich aan algemeen vastgelegde milieuregels moet houden, een soortgelijke test. Namelijk: wanneer is er sprake van een inrichting in de zin van de

<sup>41</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(a).

<sup>42</sup> N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.10(c).

<sup>43</sup> N.J. Admin. Code Par. 7:26B-3.2, Par. 7:26B-3.3 en Par. 7:26B-3.4. Het standaard General Information Notice document kan worden gedownload via de website van het NJDEP, [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm), en is ook te vinden in M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-5. Niet iedereen werkzaam binnen de organisatie van de owner of operator mag de General Information Notice ondertekenen, zie de standaard General Information Notice. De ondertekenaar moet aan bepaalde vereisten voldoen.

Wm? Bij de oorspronkelijke inkadering van dit begrip inrichting in de Wm heeft de jurisprudentie van de ABRvS, zoals besproken in hoofdstuk 2, een belangrijke rol gespeeld. In ISRA is de definitie van industrial establishment juist uitgebreid in de wet gedefinieerd.

Ingevolge ISRA is er sprake van een industrial establishment indien (a) de business (bedrijf) of de real property (onroerende zaak) een bepaald zogenaamd NAICS code heeft, zoals vastgesteld door het Office of Management and the Budget van de Executive Office van de President of the United States, en (ii) de onderneming op of na 31 december 1983 betrokken is geweest bij “operations which involve the generation, manufacture, refining, transportation, treatment, storage, handling, or disposal of hazardous substances or hazardous wastes on-site, above or below ground” (N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4). De definitie van industrial establishment wordt door de rechter in de staat New Jersey tot dusverre ruim geïnterpreteerd, zodat bijvoorbeeld ook het opslaan van olie ten behoeve van verwarming, waarbij de olie niet wordt verwerkt in de producten die het bedrijf produceert, al met zich meebrengt dat er sprake is van een industrial establishment als bedoeld in ISRA.<sup>44</sup>

#### *De ‘owner’ en ‘operator’ definities*

Een owner als bedoeld in ISRA kan zowel diegene zijn die direct owner is van de industrial establishment, als diegene zijn die indirect owner is van de industrial establishment.<sup>45</sup> Een direct owner of operator<sup>46</sup> is diegene die direct eigenaar (owner) is van de industrial establishment, dan wel deze direct drijft (operates). Een hypotheekhouder of ieder ander die een security interest in de industrial establishment heeft, wordt niet aangeduid als een direct owner of operator. Dit tenzij er sprake is van de uitzonderingen genoemd in ISRA die specifiek gelden voor het Amerikaanse recht, en waarop hier verder niet wordt ingegaan. De toepasselijkheid van ISRA wordt echter flink uitgebreid door de definitie van indirect owner, luidende: “any person who holds a controlling interest in a direct owner or operator, holds a controlling interest in another indirect owner, or holds an interest in a partnership which is an indirect owner or a direct owner or operator, of an industrial establishment”.<sup>47</sup>

44 G&S Investors Frelinghuysen Avenue, Inc. v. Aristocrat Leather Products, Inc. 607 A.2d 682 (N.J. Super. Ct. 1992), waarover Business Laws, Inc., Editorial Staff, *State Transfer Laws*, 2000, 111 Supp. 7, p. 31.005-31.007. Op p. 31.006 wordt opgemerkt: “The issue in the case was whether the storage of fuel used for heating and not for manufacturing purposes would be sufficient to classify a business as an industrial establishment under ECRA. Aristocrat argued that because it did not use fuel in its business, ECRA could not apply. The court disagreed, however, holding that the mere presence of fuel tanks and the use of the fuel for heating was sufficient action to invoke the statute.”

45 De definitie van owner is terug te vinden in N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4.

46 De definitie van operator is terug te vinden in N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8.

47 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4. De toevoeging van ‘indirect owner’ in ISRA hangt samen met een uitspraak gewezen onder ECRA (toen de indirect owner nog niet onder de toepasselijkheid van de wet viel), zie *Cooper Development Company, Inc. v. First National Bank of Boston*, 762 F. Supp. 1145 (D.N.J. 1991).

Onder ECRA was ook de verhouding verhuurder/eigenaar – huurder een problematische: wat indien de huurder de verontreiniging had veroorzaakt en de verhuurder/eigenaar de grond/industrial establishment later verkocht? In ISRA is nu bepaald dat de partijen bij de huurovereenkomst een standaard aanvraag bij het NJDEP kunnen indienen, waarbij in de huurovereenkomst duidelijk is bepaald welke contractspartij betrokken bij de huurovereenkomst primair is belast met de nakoming van ISRA.<sup>48</sup> Indien de huurovereenkomst onduidelijk is of indien de daarin aangegeven aansprakelijke partij niet aan haar verplichtingen voortvloeiende uit ISRA voldoet, kan het NJDEP alsnog zowel de huurder als de verhuurder aanspreken tot nakoming van de wettelijke verplichtingen van ISRA.<sup>49</sup>

#### *Closing of operations van de industrial establishment*

Onder closing of operations vallen zes verschillende categorieën, kort gezegd de volgende:<sup>50</sup>

- (a) indien de totale productie output van de industrial establishment met 90% is gedaald binnen een periode van vijf jaar, of indien de productie output ongedefinieerd is, er een 90% reductie van de activiteiten van de industrial establishment binnen een periode van vijf jaar plaatsvindt, dan wel er sprake is van een reductie van 90% van het totaal aantal werknemers werkzaam binnen de industrial establishment binnen een periode van vijf jaar;
- (b) een tijdelijke beëindiging van de activiteiten van de industrial establishment gedurende een periode van meer dan twee jaar;
- (c) een juridische procedure of definitieve beslissing van een ‘agency’ (ongeveer te vergelijken met: overheidsinstelling), waardoor de industrial establishment buiten werking wordt gesteld vanwege gezondheids- en veiligheidsredenen;
- (d) het aanvragen van een faillissement (Chapter 7, Federal Bankruptcy Code, 11 U.S.C. s.701 et seq.) of een reorganisatie ex Chapter 11 van de Federal Bankruptcy Code (11 U.S.C. s.1101 et seq.);
- (e) elke verandering binnen de industrial establishment die ook haar NAICS code verandert in een code waarop ISRA niet toepasselijk is; en
- (f) de beëindiging van een huurovereenkomst, tenzij de operations (bedrijfsvoering) van de industrial establishment niet worden onderbroken, dan wel de overgang van een huurovereenkomst.

Aangezien een owner of operator van een industrial establishment zelf verantwoordelijk is voor de naleving van ISRA, moet zij zelf nagaan of bepaalde gebeurtenissen ISRA toepasselijk doen laten zijn, bijvoorbeeld in geval van een overgang van een huurovereenkomst of de toepasselijkheid van een andere NAICS code.

48 N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.10(f). De huurder of verhuurder moet de Standard Landlord/Tenant Petition aan het NJDEP en de andere partij bij de huurovereenkomst sturen. De Standard Landlord/Tenant Petition is te vinden in Appendix B bij N.J. Admin. Code Chapter 26B.

49 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.9 (c) en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.10(g) en (h).

50 N.J. Stat. Ann. Par 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par.7:26B-1.4 en Par. 7:26B-2.1.

Datzelfde geldt ook voor de belangrijke categorie van overdracht (transfer) van de industrial establishment.

*Transfer of ownership or operation van de industrial establishment*

Deze categorie is in ISRA uitgebreid omschreven. Dit om zoveel mogelijk onduidelijkheden wat betreft de toepasselijkheid van ISRA te voorkomen. Deze onduidelijkheid was onder ECRA een groot probleem. Onder 'transfer' vallen kort gezegd de volgende gebeurtenissen:<sup>51</sup>

- (a) een transactie of proces waarbij de industrial establishment een change in ownership ondergaat;
- (b) de verkoop of overdracht van meer dan 50% van de activa van een industrial establishment binnen een periode van vijf jaar;
- (c) het aflopen van een huurovereenkomst met een looptijd van 99 jaar of langer met betrekking tot een industrial establishment;
- (d) de ontbinding van een entiteit die owner of operator is, of van de indirect owner van een industrial establishment, tenzij de activa van de ontbonden indirect owner van de industrial establishment niet beschikbaar zouden zijn geweest voor grondsanering ten behoeve van de industrial establishment indien de ontbinding van de indirect owner niet had plaatsgevonden; en
- (e) de inbreng (transfer) van een industrial establishment in een trust,<sup>52</sup> tenzij diegene die overdraagt (grantor) en de begunstigde (beneficiary) dezelfde persoon is, dan wel leden van dezelfde familie zijn.

*Change in ownership*

Een andere belangrijke definitie in ISRA is change in ownership. Onder change in ownership kunnen vele gevallen wel of juist niet vallen, bijvoorbeeld: hoeveel activa moeten er worden verkocht wil er sprake zijn van een change in ownership? ISRA geeft een gedetailleerde opsomming van de gebeurtenissen die als 'change in ownership' moeten worden beschouwd, waarbij tevens een hele opsomming wordt gegeven van gebeurtenissen die juist géén change in ownership met zich meebrengen. Deze opsommingen maken de wet enerzijds ingewikkeld, anderzijds scheppen zij duidelijkheid: de wet geeft immers aan wanneer er sprake is van een change in ownership. Voor de volledige tekst van de definitie en de uitzonderingen daarop verwijs ik naar de Bijlage bij dit boek, waarin de tekst van N.J. Stat. Ann. 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4 en Par. 7:26B-2.1 is opgenomen.

<sup>51</sup> Zie N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4.

<sup>52</sup> Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "Trust: A fiduciary relationship regarding property and charging the person with title to the property with equitable duties to deal with it for another's benefit; the confidence placed in a trustee, together with the trustee's obligations toward the property and the beneficiary."

Er is logischerwijze sprake van een change in ownership onder ISRA indien het bedrijf van de industrial establishment wordt verkocht of overgedragen, dan wel een perceel grond van een industrial establishment wordt verkocht. Ook de verkoop van aandelen in een vennootschap, met als resultaat een fusie waarbij de direct owner of operator of de indirect owner is betrokken, is een change in ownership. Tevens brengt de verkoop van aandelen in een vennootschap, met als resultaat een verandering in de (rechts)persoon die een controlerend belang heeft in de direct owner of operator of de indirect owner van een industrial establishment, een change in ownership met zich mee.

De uitgezonderde transacties zijn onder andere:

- (a) een juridische reorganisatie van de vennootschap die de eigendom van de industrial establishment niet substantieel verandert;
- (b) een transactie binnen een concern waarbij de netto waarde van de vennootschap die direct owner of operator van de industrial establishment is niet met meer dan 10% vermindert;
- (c) een overdracht binnen bepaalde familieverbanden;
- (d) een transactie waarbij er een verandering plaatsvindt bij de indirect owner of een (rechts)persoon die een controlerend belang heeft in die indirect owner, indien de activa van de indirect owner niet beschikbaar zouden zijn geweest voor saneringskosten gemaakt ten behoeve van de industrial establishment als de transactie niet had plaatsgevonden; of
- (e) het aangaan van een huurovereenkomst voor een periode korter dan 99 jaar.

#### 4.4.2.3 *De ISRA procedures*

Al met al dus een behoorlijk ingewikkelde regeling ter beantwoording van de vraag of een bepaalde transactie ten aanzien van, of de sluiting van, een bepaald bedrijf ISRA toepasselijk doet zijn of niet. Indien ISRA toepasselijk is, en vervolgens de verplichte General Information Notice door de owner of operator aan het NJDEP is gegeven,<sup>53</sup> dient de aanvrager (owner of operator) de procedure van ISRA te doorlopen.

Daarbij moeten diverse fasen worden doorlopen: een (i) preliminary assessment (PA),<sup>54</sup> (ii) site investigation (SI), (iii) remedial investigation workplan (RI)<sup>55</sup> en (iv) soil remedial action (RA).<sup>56</sup> De owner of operator die de sanering uitvoert moet voldoen aan de Technical Requirements for Site Remediation van het NJDEP.<sup>57</sup> Uiteindelijk dient de owner of operator van de industrial establishment

<sup>53</sup> N.J. Admin. Code Par. 7:26B-3.1 tot en met Par. 7:26B-3.4.

<sup>54</sup> Het standaard Preliminary Assessment Report is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en is ook te vinden in M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-8.

<sup>55</sup> N.J. Admin. Code Par. 7:26B-6.1.

<sup>56</sup> N.J. Admin. Code Par. 7:26E-3.2, Par. 7:26E-3.13, 7:26E-4.2 en Par. 7:26E-4.8.

<sup>57</sup> N.J. Admin Code Par. 7:26E. Zie over de toepasselijke saneringswaarden ook uitgebreid M.K. Dowd, New Jersey's reform of contaminated site remediation, 18 *Seton Hall Legislative Journal* 207, 1993, en D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, p. 63-68.

een zogenaamde negative declaration<sup>58</sup> of een remedial action workplan,<sup>59</sup> goedgekeurd door het NJDEP, te verkrijgen,<sup>60</sup> dan wel een remediation agreement als bedoeld in N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(e) met het NJDEP af te sluiten,<sup>61</sup> alvorens hij de industrial establishment mag overdragen. In geval van toepasselijkheid van een remedial action workplan of een remediation agreement, waarbij de sanering dus nog ná de transactie zal moeten plaatsvinden, moet de owner of operator tevens een individueel saneringsfonds ter financiële zekerheidstelling in het leven roepen.<sup>62</sup> Het geld aanwezig in het saneringsfonds mag worden aangewend voor de saneringwerkzaamheden zélf, waarmee de vergaande zekerheidstelling onder ECRA, waarbij het geld in het fonds alleen ter zekerheid van de nakoming van de verplichtingen onder ECRA diende en niet mocht worden aangewend voor de werkelijke saneringskosten, is verdwenen.

Bepaalde partijen, zoals gemeenten, innocent parties<sup>63</sup> en diegenen die de sanering niet kunnen betalen, kunnen aanspraak maken op een lening van het Hazardous Discharge Site Remediation Fund.<sup>64</sup> Dit fonds wordt (gedeeltelijk) gefinancierd

58 Het Negative Declaration Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm), en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-7.

59 Het Remedial Action Workplan Deferral Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm), en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-13.

60 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(c).

61 Zie ook N.J. Admin. Code Par. 7:26-4.1 en Par. 4.2, en Appendix A bij N.J. Admin. Code Chapter 26B. De Remediation Agreement Application kan worden gedownload via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm), en is ook te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-9.

62 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(c). Alleen diegene die onder ISRA is verplicht tot sanering, moet een fonds creëren. Diegenen die vrijwillig saneren hoeven geen saneringsfonds op te richten, zie N.J. Stat. Ann. Par. 58:10B-3. ISRA laat meerdere typen van financiële zekerheidstelling toe, zoals het oprichten van een trust fund, een verzekering, een line of credit of een self-guarantee. Zie wat betreft de self-guarantee en de self-guarantee guidelines: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-19.

63 N.J. Admin. Code Par. 58:10B-6 (4): "A person qualifies for an innocent party grant if that person acquired the property prior to December 31, 1983, the hazardous substance or hazardous waste that was discharged at the property was not used by the person at that site, and that person certifies that he did not discharge any hazardous substance or hazardous waste at an area where a discharge is discovered. A grant authorized pursuant to this paragraph may be for up to 50% of the remediation costs at the area of concern for which the person qualifies for an innocent party grant, except that no grant awarded pursuant this paragraph to any person may exceed \$ 1,000,000."

64 N.J. Admin. Code Par. 58:10B-4, Par. 58:10B-5a(1) en Par. 58:10B-11. N.J. Admin. Code Par. 58:10B-4 luidt als volgt: "a. There is established in the New Jersey Economic Development Authority a special, revolving fund to be known as the Hazardous Discharge Site Remediation Fund. Moneys in the remediation fund shall be dedicated for the provision of financial assistance or grants to municipalities, counties, redevelopment entities authorized to exercise redevelopment powers (...), and persons, for the purpose of financing remediation activities at sites at which there is, or is suspected of being, a discharge of hazardous substances or hazardous wastes. b. The remediation fund shall be credited with; (1) moneys as are appropriated by the Legislature; (2) moneys deposited into the fund as repayment of principal and interest on outstanding loans made from the fund; (3) any return on investment of moneys deposited in the fund; (4) remediation funding source surcharges imposed pursuant to section (...) C.58:10B-11; (5) moneys deposited in the fund as repayment of recoverable grants made by the New Jersey Redevelopment Authority for brownfield redevelopment; (6) moneys deposited into the fund from cost recovery subrogation actions; and (7) moneys made available to the authority for the purposes of the fund."

via de 1% retributie (surcharge) die eenieder die een saneringsfonds in stand moet houden vanwege een bodemsanering<sup>65</sup> verplicht onder ISRA moet betalen.<sup>66</sup> Dus indien een owner of operator bijvoorbeeld een saneringsfonds (financiële zekerheid) van 2 000 000 dollar moet instellen, dient zij tevens een bedrag van 20 000 dollar (extra) in het Hazardous Discharge Site Remediation Fund te storten.

De owner of operator dient een kopie van de goedgekeurde negative declaration, het goedgekeurde remedial action workplan, de no further action letter (dat is de brief die de goedkeuring door het NJDEP ten aanzien van een negative declaration bevat),<sup>67</sup> of de goedkeuring van de remediation agreement, aan de koopovereenkomst, het leveringsdocument of de koopoptie met betrekking tot de desbetreffende industrial establishment te hechten. Indien de koop of levering al heeft plaatsgevonden vóórdat de goedkeuring van het NJDEP is verkregen, dan moet de owner of operator het desbetreffende document zo spoedig mogelijk aan alle bij de transactie betrokkenen overleggen.<sup>68</sup>

De eerste drie op onderzoek gerichte fasen (PA, SI en RI) kunnen worden uitgevoerd zonder goedkeuring van het NJDEP.<sup>69</sup> De laatste, vierde, fase, het saneren van de vervuilde grond (RA), kan alleen onder bepaalde omstandigheden zonder voorafgaande beoordeling en goedkeuring door het NJDEP plaatsvinden.<sup>70</sup> Indien de sanering invloed heeft op grond- of oppervlaktewater, de sanering meer dan vijf jaar in beslag gaat nemen,<sup>71</sup> of de normaal toepasselijke saneringsstandaarden toepasseljk onder ISRA<sup>72</sup> niet gehaald gaan worden, moet het remedial action workplan door de owner of operator ter goedkeuring aan het NJDEP worden over-

65 N.J. Admin. Code Par. 7:26C-7.

66 N.J. Admin. Code Par. 58:10B-11: "a. There is imposed upon every person who is required to establish a remediation funding source (...) a remediation funding source surcharge. The remediation funding source surcharge shall be an amount equal to 1% of the required amount of the remediation funding source required by the department to be maintained. (...)"

67 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(d)(2).

68 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(b)(2).

69 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(f). Zie ook Lawrence P. Schnapf, 'New Jersey', in: Michael B. Gerrard (general ed.), *Brownfields Law and Practice, the cleanup and redevelopment of contaminated land*, Volume 2, 2006, p. NJ-78.

70 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(h), (j) en (k), en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-6.2(b). N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(h) luidt: "An owner or operator of an industrial establishment may implement a soil remedial action at an industrial establishment without prior department approval of the remedial action workplan for the remediation of soil when the remedial action can reasonably be expected to be completed pursuant to standards, criteria, and time schedules established by the department, which schedules shall not exceed five years from the commencement of the implementation of the remedial action and if the owner or operator is implementing a soil remediation which meets the established minimum residential or nonresidential use soil remediation standards adopted by the department. Nothing in this subsection shall be construed to authorize the closing of operations or the transfer of ownership or operations of an industrial establishment without the department's approval of a negative declaration, a remedial action workplan or a remediation agreement."

71 N.J. Admin. Code Par. 7:26B-6.2(b)(1).

72 Deze saneringsstandaarden bepalen dat elke vervuilende stof in de bodem moet worden teruggebracht tot een risico op kanker van één op één miljoen, zie N.J. Stat. Ann. Par. 58:10B-12(d): "(...) The department shall set minimum soil remediation health risk standards for both residential and nonresidential uses that: for human carcinogens, as categorized by the United States Environmental Protection Agency, will result in an additional cancer risk of one in one million."



gelegd vóórdát de saneringswerkzaamheden kunnen worden gestart en uitgevoerd.<sup>73</sup> De aanvragende owner of operator van de industrial establishment moet in principe alle fasen uitvoeren, maar een derde mag de verantwoordelijkheid daarvoor op zich nemen.<sup>74</sup>

Het gaat er dus om toestemming van het NJDEP te verkrijgen, zodat de verkoop en levering van de industrial establishment kan plaatsvinden. Dan kan, zoals gezegd, door een remedial action workplan met betrekking tot de sanering door het NJDEP goedgekeurd te krijgen. Er is in dat geval uit het bodemonderzoek gebleken dat er sprake is van bodemverontreiniging die de geldende minimum waarden zoals vastgesteld door het NJDEP overschrijdt. De meest ongecompliceerde weg voor een verkoper is het goedgekeurd krijgen van een negative declaration. Dit betekent dat er geen sprake is van bodemverontreiniging die de geldende minimum waarden overschrijdt. Nadat het NJDEP de onderzoeksresultaten heeft beoordeeld, kan zij de door de aanvragende owner of operator opgestelde negative declaration goedkeuren door middel van het afgeven van een no further action letter. Indien de aanvragende owner of operator de transactie doorgang wil laten vinden voordat een negative declaration of remedial action workplan door het NJDEP is goedgekeurd, kan dat door middel van het sluiten van een remediation agreement met het NJDEP. Een owner of operator zal dan wel een schatting van de saneringskosten moeten maken en deze schatting moet zijn goedgekeurd door het NJDEP. Tevens moet de owner of operator garanderen dat zij verantwoordelijk is voor de naleving van ISRA, aansprakelijk is voor eventuele boetes, en moet zij een saneringsfonds creëren.<sup>75</sup> Aanvullend kan een derde partij, dus een partij die niet owner of operator van de industrial establishment is, eveneens een remediation agreement met het NJDEP sluiten, waarbij de derde moet garanderen de gehele sanering uit te voeren, onafhankelijk van de mate van deelname aan de saneringswerkzaamheden door de owner of operator.<sup>76</sup> Een dergelijke derde kan bijvoorbeeld de moedermaatschappij van de verkopende vennootschap zijn.

ISRA is een wet die van partijen verlangt dat zij zelf nagaan of een bepaalde transactie of sluiting van een bedrijf ISRA toepasselijk doet zijn. Het is dus van groot belang dat de ondernemer zélf nagaat wanneer een bepaalde transactie ISRA toepasselijk doet zijn. Enige zekerheid dienaangaande kan worden verkregen via het aanvragen van een zogenaamde letter of non-applicability van het NJDEP. Waarom een dergelijke verklaring maar beperkte waarde heeft, komt hierna nog aan de orde.

---

73 N.J. Admin. Code Par. 7:26B-6.2(a) en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-6.3.

74 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(b)(3).

75 Zie voor de vereisten N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(e).

76 N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.10(b).

#### 4.4.2.4 Uitzonderingen op de (standaard) ISRA procedure

Om aan de kritiek op ECRA tegemoet te komen, zijn de regels in ISRA niet alleen verduidelijkt – denk bijvoorbeeld aan de nieuwe uitgebreide definities van industrial establishment, owner of transfer of ownership or operation – maar zijn er ook allerlei versoepelingen en uitzonderingen in de wet geïntroduceerd. Deze versoepelingen en uitzonderingen zijn als volgt samen te vatten.

##### *De minimus quantity exemption*

Ten eerste hoeft een owner of operator van een industrial establishment, na schriftelijke bekendmaking van de transfer of ownership of operations of van de sluiting van de operations aan het NJDEP, in bepaalde gevallen niet te voldoen aan de vereisten voortvloeiende uit ISRA. Deze uitzondering ziet op een minimum drempel:

“if the total quantity of hazardous substances and hazardous wastes generated, manufactured, refined, transported, treated, stored, handled, or disposed of at the industrial establishment at any one time during the owner’s or operator’s period of ownership or operations: (a) does not exceed 500 pounds or 55 gallons; (b) if a hazardous substance or hazardous waste is mixed with non-hazardous substances, the total quantity of the mixture does not exceed 500 pounds or 55 gallons; or (c) if, in the aggregate, hydraulic or lubricating oil, does not exceed 220 gallons.”<sup>77</sup>

Deze uitzondering ziet direct op de hoeveelheid gevaarlijke stoffen waarmee binnen een industrial establishment wordt gewerkt. ISRA is in dergelijke situaties in het geheel niet toepasselijk in het geval er een overdracht of sluiting van de industrial establishment plaatsvindt. De uitzondering is echter beperkt: de wet spreekt immers over “any one time”, hetgeen betekent dat er op geen enkel moment ooit meer dan de genoemde hoeveelheden gevaarlijke stoffen aanwezig (hebben) mogen zijn in de industrial establishment. De owner of operator moet in die gevallen een standaard affidavit<sup>78</sup> invullen – een De Minimus Quantity Exemption Affidavit genaamd – waaruit persoonlijke aansprakelijkheid kan voortvloeien indien de informatie in de desbetreffende De Minimus Quantity Exemption Affidavit niet correct is.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9.7. Deze wetsbepaling is verder uitgewerkt in N.J. Admin. Code Par. 7:26B-2.3.

<sup>78</sup> Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson West, Eight Edition, 2004: “Affidavit: A voluntary declaration of facts written down and sworn to by the declarant before an officer authorized to administer oaths, such as a notary public.”

<sup>79</sup> Het formulier is te vinden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm). De ondertekenaar van het formulier verbindt zich als volgt: “I certify under penalty of law that I have personally examined and am familiar with the information submitted in this application and all attached documents, and that based on my inquiry of those individuals immediately responsible for obtaining the information, to the best of my knowledge the submitted information is true, accurate and complete. I am aware that there are significant civil penalties for knowingly submitting false, inaccurate or incomplete information and that I am committing a crime on the fourth degree if I make a written false statement which I do not believe to be true. I am also aware that if I knowingly direct or authorize the violation of N.J.S.A. 13:1K-6 et seq., I am personally liable for the penalties set forth at N.J.S.A. 13:1K-13.”

De andere uitzonderingen zien niet op een volledige uitzondering, maar meer op een versoepeling van de mate waarin aan ISRA moet worden voldaan ten tijde van de transactie.

#### *Remedial action workplan deferral (uitstel)*

Onder omstandigheden kan het NJDEP toestemming geven voor de overdracht van de industrial establishment zonder voorafgaande opstelling, goedkeuring en implementatie van het remedial action workplan. Deze toestemming van het NJDEP kan niet zo maar worden verkregen. De andere partij (de transferee) zal een verklaring moeten ondertekenen, die moet worden goedgekeurd door het NJDEP, waarin zij stelt dat zij de industrial establishment op dezelfde wijze zal voortzetten en de industrial establishment dus dezelfde NAICS code houdt. De owner of operator moet kunnen aantonen dat zij de vorige fasen al heeft doorlopen (PA, SI en RI) en over een door het NJDEP goedgekeurde beraming van de saneringskosten beschikt. De transferee moet een verklaring ondertekenen waarin zij verklaart over de financiële middelen te beschikken om de noodzakelijke saneringswerkzaamheden uit te voeren (Remedial Action Workplan Deferral Affidavit).<sup>80</sup>

#### *Expedited review*

Indien er in het verleden al een no further action letter door het NJDEP is afgegeven met betrekking tot de industrial establishment, kan de owner of operator een negative declaration opstellen en laten goedkeuren door het NJDEP. De goedkeuring is gebaseerd op een verklaring (certification) van de owner of operator dat er geen vervuiling heeft plaatsgevonden ná de afgifte van de meest recente no further action letter door het NJDEP, en dat er geen verontreiniging meer aanwezig is die boven de huidige saneringsvereisten uitkomt.<sup>81</sup> De nieuw overgelegde negative declaration van de owner of operator kan overigens nog altijd door het NJDEP worden afgewezen, indien daartoe redenen zijn.

#### *Limited Site Review*

Deze situatie ziet op omstandigheden waarin er in het verleden al een no further action letter door het NJDEP is afgegeven met betrekking tot de desbetreffende industrial establishment, behalve met betrekking tot een bepaalde area(s) of con-

---

<sup>80</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.8. Zie ook het formulier Remedial Action Workplan Deferral Affidavit, te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-13.

<sup>81</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.2 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.1. De Expedited Review Application Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-15.

cern. Areas of concern zijn bepaalde gebieden binnen de industrial establishment, waarvan destijds nog niet bekend was dat zij waren verontreinigd of die later zijn verontreinigd. De owner of operator verklaart vervolgens dat met betrekking tot de area(s) of concern geen sanering heeft plaatsgevonden of deze sanering wel heeft plaatsgevonden, maar nooit is goedgekeurd door het NJDEP. Tevens verklaart de owner of operator dat er zich verder geen verontreiniging heeft voorgedaan op het terrein van de industrial establishment. Het NJDEP zal vervolgens alleen toezicht houden op de sanering van de desbetreffende area(s) of concern, en niet op het gehele terrein van de industrial establishment.<sup>82</sup>

#### *Area of concern review/waiver*

Indien voor een bepaald area of concern in het verleden al goedkeuring voor overdracht is gegeven, eventueel na de uitgevoerde sanering, via een no further action letter, en er geen vervuiling heeft plaatsgevonden sinds die goedkeuring, kan de owner of operator zonder goedkeuring van het NJDEP de desbetreffende area of concern onderzoeken. De owner of operator hoeft dan niet te voldoen aan de vereisten van ISRA voor zover het de area of concern betreft. Andere gebieden buiten het area of concern moeten wél volgens de regels van ISRA worden afgehandeld.<sup>83</sup> De owner of operator moet een specifiek formulier invullen, de Area of Concern Waiver Application Affidavit, waaruit persoonlijke aansprakelijkheid kan voortvloeien indien de informatie weergegeven in de Area of Concern Waiver Application Affidavit niet correct blijkt te zijn.<sup>84</sup>

#### *Remediation in progress waiver*

Indien de owner of operator de grond van de industrial establishment tijdens de overdracht of sluiting van de industrial establishment al conform ISRA saneert en aan de vereisten van N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.5 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.4 wordt voldaan, is geen goedkeuring van het remedial action workplan vereist of hoeft geen negative declaration door het NJDEP te worden verkregen, dan wel hoeft geen remediation agreement te worden gesloten met het NJDEP.<sup>85</sup>

---

82 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.3 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.5. De Limited Site Review Application Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-16.

83 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.4 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.2.

84 Het formulier is te downloaden via [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-17.

85 Het Remediation in Progress Waiver Application Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en is ook te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-11.

*Regulated underground storage tank waiver*

Indien de enige area of concern of de enige verontreiniging op het terrein van de industrial establishment afkomstig is van een ondergrondse tank die al volgens de daarvoor geldende wettelijke regeling in New Jersey wordt gesaneerd en verwijderd, is ISRA niet toepasselijk.<sup>86</sup>

*Minimal environmental concern waiver*

Na uitvoering van de preliminary assessment, site investigation en remedial investigation ten aanzien van de industrial establishment, kan blijken dat de verontreiniging niet ernstig is (minimal environmental concern). Indien de owner of operator voldoet aan de vereisten zoals weergegeven in N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.7 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.6, kan de overdracht van de industrial establishment zonder voorafgaande goedkeuring van het NJDEP plaatsvinden.<sup>87</sup> Nadat de grondsanering is afgerond, moet de owner of operator alsnog de goedkeuring van het NJDEP verkrijgen via een no further action letter.

*Certificate of limited conveyance*

In dit geval kan de owner of operator van de industrial establishment een gedeelte van de grond waarop de industrial establishment is gevestigd verkopen tot maximaal één derde van de getaxeerde waarde van de industrial establishment, zonder het gehele grondgebied van de industrial establishment te hoeven saneren. Alleen het over te dragen gedeelte hoeft te worden gesaneerd. De verkopende owner of operator moet dan wel aan de voorwaarden zoals genoemd in N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.8 en N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.7 voldoen.<sup>88</sup>

*Letter of non-applicability*

Ten slotte bestaat er de mogelijkheid om van het NJDEP de afgifte van een letter of non-applicability te vragen. Dit kan indien de overdracht niet onder ISRA valt.<sup>89</sup> Bijvoorbeeld indien de desbetreffende transactie niet onder de definities

<sup>86</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.6. Zie ook N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.3.

<sup>87</sup> Het Minimal Environmental Concern Waiver Affidavit is te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en is te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-12.

<sup>88</sup> Aanvraag vindt plaats via de Application For a Certificate of Limited Conveyance, te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) en is te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-18.

<sup>89</sup> Op de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm) wordt hierover het volgende opgemerkt (common questions): "4. Why are Letters of Non-Applicability (LNA) requested? Mortgage bankers, attorneys and purchasers who are concerned with possible applications of ISRA often require sellers of properties or businesses to demonstrate that pending transactions are not subject to ISRA. The issuing of applicability determinations or letters of non-applicability is not a statutory requirement, but a service NJDEP provides for a fee. Applications should not be submitted for properties that are clearly not subject to ISRA such as residential properties, farms and retail stores. The ISRA Applicability application discusses this further. Be advised that →

van change of ownership, closing operations en transferring ownership or operations valt, de industrial establishment niet het juiste NAICS code heeft, of er geen gevaarlijke stoffen in de industrial establishment aanwezig zijn.<sup>90</sup> De waarde van de letter of non-applicability is echter beperkt, aangezien deze geheel is gebaseerd op de affidavit zoals opgesteld en ondertekend door de owner of operator van de industrial establishment, en de letter of non-applicability vervalt indien de in de affidavit opgenomen feiten niet (meer) kloppen. Het opstellen, ondertekenen en laten goedkeuren van een letter of non-applicability is geheel vrijwillig en dus niet wettelijk vereist.<sup>91</sup> Het NJDEP geeft in een aantal gevallen geen letters of non-applicability meer af, met name niet indien het desbetreffende terrein duidelijk niet onder de ISRA definitie van industrial establishment valt.<sup>92</sup> Verkrijging van een letter of non-applicability betekent overigens niet dat de over te dragen grond of de over te dragen industrial establishment niet is vervuild, of dat andere milieuwetten niet (meer) toepasselijk zijn.<sup>93</sup>

#### 4.4.2.5 *Faillissementssituaties en ISRA*

De verplichtingen zoals die voortvloeien uit ISRA, vervallen niet in geval van een faillissement. N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12 bepaalt immers: “No obligations imposed by this act shall constitute a lien or claim which may be limited or discharged in a bankruptcy proceeding. All obligations imposed by this act shall constitute continuing regulatory obligations imposed by the State.”

Deze wettelijke bepaling in ISRA is niet in strijd met het Amerikaans federale faillissementsrecht.<sup>94</sup> De strekking van N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12 is voor de Nederlandse jurist wellicht niet direct duidelijk. Wél komt de tweede zin van dit artikel overeen met hetgeen recentelijk door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is bepaald ten aanzien van de milieurechtelijke verplichtingen

---

a determination of ISRA inapplicability does not constitute any finding by the NJDEP as to the current site condition or existence or nonexistence of any hazards to the environment at the property.

5. Are all LNA requests granted? Approximately 95 percent of applications to the NJDEP receive Letters of Non-Applicability, while the remaining requests are determined to be subject to ISRA. All applicability determinations are based on the review of the required application.”

90 Zie Lawrence P. Schnapf, ‘New Jersey’, in: Michael B. Gerrard (general ed.), *Brownfields Law and Practice, the cleanup and redevelopment of contaminated land*, Volume 2, 2006, p. NJ-82 en de toelichting bij de Industrial Site Recovery Act Applicability/Nonapplicability Affidavit, te downloaden via de website [www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm](http://www.nj.gov/dep/srp/isra/isragide.htm). Dit formulier is ook terug te vinden in: M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr., H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, Real Estate Law and Practice, Thomson West, 2002, Appendix C-4.

91 Zie de toelichting bij de Industrial Site Recovery Act Applicability/Nonapplicability Affidavit.

92 Zie Lawrence P. Schnapf, ‘New Jersey’, in: Michael B. Gerrard (general ed.), *Brownfields Law and Practice, the cleanup and redevelopment of contaminated land*, Volume 2, 2006, p. NJ-82 en de toelichting bij de Industrial Site Recovery Act Applicability/Nonapplicability Affidavit.

93 K.E. Lynott en J. Forrest Jones, ‘Facing the environmental demons before the deal closes’, 218-DEC *New Jersey Lawyer*, 32 (2002): “(...) ISRA an Non-ISRA Transactions. (...) The current owner/operator still may be (and an acquirer may become) liable under CERCLA, the spill act, the Underground Storage of Hazardous Substances Act, or other programs to remediate the property – not necessarily what the acquirer wants.”

94 Zie Borne Chemical Co., Inc. Bkrcty. D.N.J. 1984, 54 B.R. 126.

rustende op de faillissementsboedel.<sup>95</sup> Zie daarover uitgebreid par. 9.3.2. Hier volgt een korte uitleg met betrekking tot het Amerikaanse faillissementsrecht.

De eerste volzin van dit wetsartikel is toegevoegd omdat claims in de zin van de Federal Bankruptcy Code door de trustee in bankruptcy<sup>96</sup> onder omstandigheden kunnen worden afgewezen (discharged). Dergelijke discharged claims hebben dan geen voorrang meer in het faillissement. De discharged claim vervalt niet, maar beschermt de gefailleerde schuldenaar tegen persoonlijke aansprakelijkstelling ten aanzien van die claim.<sup>97</sup> De discharge ontnemt de schuldeiser het recht om de desbetreffende schuld van de schuldenaar persoonlijk te claimen, maar heeft geen effect ten aanzien van een zekerheidsrecht (lien)<sup>98</sup> dat bijvoorbeeld ten gunste van de schuldeiser op een onroerende zaak in eigendom van de gefailleerde schuldenaar rust.<sup>99</sup>

Een voorbeeld: indien het NJDEP zelf de grondsanering voor haar rekening neemt, en vervolgens de daaruit voortvloeiende onderzoeks- en saneringskosten wil verhalen op de gefailleerde, dan is dit een claim in de zin van de Federal Bankruptcy Code. Deze claim kan, afhankelijk van het moment waarop zij is ontstaan, dischargable zijn in het faillissement, met als gevolg dat het NJDEP de kosten draagt en deze kosten niet meer kan verhalen op de gefailleerde persoonlijk. De verplichtingen voortvloeiende uit ISRA zijn echter, zoals ISRA in de tweede volzin van N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12 bepaalt, geen claims (uit te drukken in geld) in de zin van de Federal Bankruptcy Code maar wettelijke verplichtingen, en kunnen dus niet terzijde worden gesteld door een discharge.<sup>100</sup> De uit ISRA voortvloeiende verplichtingen rustende op een owner, operator of een derde zijn geen geldelijke vorderingen, maar zien op allerlei rechtsplichten (regulatory obligations) waaraan de owner, operator of een derde moet voldoen. N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12 geeft het NJDEP daarom een sterkere verhaals- en onderhandelingspositie ten opzichte van de gefailleerde owner of operator, en ten opzichte van de trustee in bankruptcy.

95 ABRvS 9 mei 2007, zaaknr. 200604496/1. Zie daarover R. Mellenbergh, 'ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)', *TvI* 2007, 34, p. 175.

96 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson West, Eight Edition, 2004: "Trustee in Bankruptcy: A person appointed by the U.S. Trustee or elected by creditors or appointed by a judge to administer the bankruptcy estate during a bankruptcy case."

97 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 360-361.

98 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson West, Eight Edition, 2004: "Lien: A legal right or interest that a creditor has in another's property, lasting usually until a debt or duty that it secures is satisfied."

99 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 361.

100 Zie hierover J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-34 en D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville, Virginia: Lexis Law Publishing, Volume 5, Seventh Edition, 1998, p. 477-481.

Er zal door de gefailleerde owner of operator in principe dus voldaan moeten worden aan de verplichtingen voortvloeiende uit ISRA op het moment dat er een overdracht plaatsvindt waarop ISRA toepasselijk is. Dat dit zich ook in geval van faillissement voor kan doen is duidelijk: de failliete boedel wordt verkocht, zodat de schuldeisers van de gefailleerde kunnen worden voldaan. Vaak zal daarbij ook de potentiële koper een rol spelen.<sup>101</sup> Indien voor de industrial establishment of het perceel grond geen koper kan worden gevonden en er geen geld meer beschikbaar is uit de failliete boedel om de grondsanering te financieren, komen de grondsaneringskosten onvermijdelijk voor rekening van de sanerende overheid. Met betrekking tot deze laatste situatie is in de milieuwetgeving in New Jersey een zogenaamde superlien in het leven geroepen. Een superlien geeft de verhaal zekende overheid, indien de overheid zelf saneringskosten heeft gemaakt, een zeer hoge voorrang in faillissement. Het fenomeen superlien in het milieurecht, dat niet alleen bestaat in de staat New Jersey maar ook in enkele andere staten binnen de Verenigde Staten, komt uitgebreider aan de orde in par. 9.4.4. In dat hoofdstuk wordt tevens ingegaan op de verantwoordelijkheid voor milieuschade en de nakoming van milieurechtelijke verplichtingen door de faillissementscurator in geval van een faillissement naar Nederlands recht.<sup>102</sup>

#### 4.4.2.6 *Sancties op overtreding van de bepalingen van ISRA*

Kenmerkend voor ISRA is dat er hoge sancties staan op niet naleving van de wet. Zoals hiervoor in par. 4.4.1.1 al opgemerkt, kon onder ECRA de transactie door zowel de koper als het NJDEP worden vernietigd in het geval de verkoper niet had voldaan aan haar verplichtingen voortvloeiende uit ISRA. De sancties zijn op twee punten gewijzigd onder ISRA.<sup>103</sup>

Ten eerste is de mogelijkheid van het NJDEP om de transactie te vernietigen uit de wet geschrapt. Deze mogelijkheid werd als te vergaand beschouwd. Er werd overigens niet vaak van deze bevoegdheid gebruikgemaakt door het NJDEP.<sup>104</sup> Een dergelijke mogelijkheid tot vernietiging door een overheidsinstantie van een overeenkomst/transactie zoals omschreven in ECRA, is bijzonder te noemen. Het NJDEP, dus een overheidsinstantie, kan een overeenkomst vernietigen waarbij zij zelf níet was betrokken als contractspartij. Het is dus niet heel verwonderlijk dat deze bepaling uit ISRA is geschrapt.

---

101 Mevrouw Rachel J. Lehr, werkzaam als Deputy Attorney General van de staat New Jersey, vertelde mij hier per e-mail d.d. 11 juni 2007 het volgende over: "The new purchaser would be responsible anyway, so he is usually cooperative, knowing it is the only way he will get the property, and the Court would ensure that the sale was conditioned upon this."

102 Hoofdstuk 9 handelt overigens voornamelijk over de faillissementssituatie naar Nederlands recht.

103 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13.

104 Zie D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, p. 72.



Ten tweede is de mogelijkheid van de koper (transferee) om de overeenkomst met betrekking tot de overdracht van een industrial establishment of een perceel grond – daargelaten hetgeen mogelijk is via het (algemene) Amerikaanse en statelijke contractenrecht – te vernietigen beperkt. De koper moet de verkoper (transferor) eerst een redelijke termijn gunnen om alsnog aan de verplichtingen voortvloeiende uit ISRA te voldoen, alvorens zij de overeenkomst kan vernietigen. De koper kan daarnaast mogelijke schade voortvloeiende uit de vernietiging verhalen op de verkoper.

Het niet naleven van de bepalingen van ISRA maakt de owner of operator van de industrial establishment aansprakelijk voor alle saneringskosten en alle (in)directe schade voortvloeiende uit het niet naleven van een remedial action workplan. Daarnaast bevat ISRA ook een mogelijke aansprakelijkstelling voor (natuurlijke) personen. Aan eenieder die opzettelijk verkeerde informatie geeft of laat geven of die de bepalingen van ISRA niet naleeft, kan een boete van maximaal 25 000 dollar per overtreding, en als de overtreding voortdurend is, 25 000 dollar per dag worden opgelegd.<sup>105</sup>

4.4.3 *Tussenconclusie: ISRA is een ingewikkelde wet, maar inmiddels wel duidelijk geformuleerd*

Uit het voorgaande is wel duidelijk geworden dat ISRA een zeer uitgebreid geformuleerde wet is. Een (ver)koper, of diegene die zijn industrial establishment wil sluiten, dient rekening te houden met de toepasselijkheid van ISRA in bepaalde in de wet omschreven situaties. Indien zij de wet niet naleeft kan dat immers grote financiële gevolgen voor haar hebben: boetes, aansprakelijkheid voor schade geleden door de koper, of zelfs vernietiging van de overeenkomst door de koper. Daar staat tegenover dat ISRA inmiddels wel een ‘volwassen’ wet is, met andere woorden een wet die met allerlei mogelijkheden en situaties in de praktijk rekening houdt. Het is een bestuursrechtelijke wet, die is toegesneden op de civielrechtelijke realiteit waarin bedrijfsovernames een belangrijke rol spelen. ISRA combineert derhalve bestuursrechtelijke aspecten met civielrechtelijke aspecten. Partijen weten na bestudering van ISRA waar zij aan toe zijn, hetgeen gerechtelijke procedures op dit vlak doet voorkomen en contractspartijen de nodige duidelijkheid verschaft.

Hierna volgt een beschrijving van een op ISRA geïnspireerde transfer triggered milieuwet: Connecticut’s Transfer Act.

---

105 N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13b.

## 4.5 Connecticut: de Transfer Act

### 4.5.1 Inleiding

Zoals gezegd heeft ECRA/ISRA in meer of mindere mate navolging gekregen in andere staten binnen de Verenigde Staten, ondanks de juridische en praktische problemen die zich tijdens de eerste tien jaar ná de invoering van ECRA in New Jersey als gevolg van de slechte formulering van de wet voordeden.<sup>106</sup> De eerste navolger van New Jersey's ECRA is de in 1985 in de staat Connecticut ingevoerde Transfer Act. Ook deze wet is, vanwege onduidelijkheden en de grote hoeveelheid werk die deze wet voor het Department of Environmental Protection van de Staat Connecticut (CDEP) met zich meebracht, enkele keren op belangrijke punten gewijzigd.<sup>107</sup> Belangrijke wijzigingen werden doorgevoerd in de jaren 1995<sup>108</sup> en 2001.<sup>109</sup> De Transfer Act is duidelijk minder strikt en uitgebreid geformuleerd

106 D.B. Farer, 'Industrial Site Recovery Act: New Jersey's Chosen Road to ECRA Reform', *Toxics Law Reporter*, July 7, 1993, merkt daarover op (p. 147 – 148): "(...) ECRA's ingenious approach – that of requiring owners and operators to investigate, and, if necessary, clean up their commercial or industrial sites as a precondition to transfers or closures – appealed to regulators. However, those states, such as Connecticut, Illinois, Indiana and Oregon, that considered ECRA and proceeded to pass transfer laws, chose to circumscribe, if not eliminate, the pre-transaction role of the state in favor of detailed disclosure obligations from the seller to buyer and reliance on hefty post-transaction enforcement hammers in the event of non-compliance. Other states, such as New York, California, Delaware, Maryland, Massachusetts and Pennsylvania, have debated and rejected ECRA or ECRA offshoots, particularly in the face of reports suggesting that ECRA was chasing manufacturers out of New Jersey and discouraging others from relocating there. (...)" Tijdens het interview dat ik op 18 oktober 2006 met advocaat David Farer had in Westfield (NJ) merkte hij op dat, zeker na de wijzigingen zoals ingevoerd via ISRA, hij niet het idee had dat ECRA/ISRA daadwerkelijk bedrijven uit de staat New Jersey heeft doen wegtrekken. De verplichtingen voortvloeiende uit ISRA worden tegenwoordig door de bedrijven in de staat New Jersey gezien als standaard 'doing business', aldus Farer.

107 Zie daarover T.J. Tondro, 'Reclaiming Brownfields to Save Greenfields: Shifting the Environmental Risks of Acquiring and Reusing Contaminated Land', *Connecticut Law Review*, Volume 27, Number 3, Spring 1995, p. 789-819, mede over de introductie van zogenaamde Licensed Environmental Professionals en het Covenant not to sue in de staat Connecticut. Over de Transfer Act merkt hij op (p. 792 – 793): "(...) In Connecticut, most hazardous waste sites are identified as a result of the reporting requirements of two statutes, the federal Resource Conservation and Recovery Act ("RCRA"), and the Connecticut Transfer of Hazardous Waste Establishment Act (the "Transfer Act"). (...) The Transfer Act requires a much wider net. It requires that any time parties transfer "operations" of an "establishment" which involves hazardous waste, they must file a "negative declaration" as to the environmental status of the site with the Connecticut Department of Environmental Protection ("DEP"). (...) Although it imposes far-reaching reporting requirements, the direct bite of the Transfer Act is limited; it is a disclosure statute only. The DEP Commissioner cannot block a transfer even when he has withheld approval of a Form Three submission. The Transfer Act's primary function is to alert the DEP to the location of contaminated land, thus bringing that land within the ambit of applicable regulatory programs. Without the Transfer Act, DEP would have to rely primarily on the combination of RCRA reporting and serendipitous discoveries of contaminated sites through tips or inspections undertaken for other purposes by the DEP or other state or local agencies." De Transfer Act verplicht de 'certifying party' echter wel tot sanering, en op niet nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de Transfer Act staan hoge straffen, zie paragraaf 4.5.2. De Transfer Act is dus niet louter een "disclosure statute" zoals toepasselijk in bijvoorbeeld de Amerikaanse staten California en Indiana.

108 Zie over deze wetwijziging uitgebreid T.M. Armstrong en R.B. Jones, 'Expedited Redevelopment Under Connecticut's Revised Transfer Act and Licensed Environmental Professional Programs', *Journal of Environmental Law & Policy*, Volume 3, Number 4, January/February 1996, p. 47-57.

109 Zie over deze wetwijzigingen uitgebreid E.W. Phillips Jr. en E. Lukingbeal, 'Connecticut', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 48-23 – 48-25 en E.W. Phillips Jr., R.S. Melvin en K.M. Etala, 'Connecticut', in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. CT-18 – CT-25.

in vergelijking tot New Jersey's ISRA, en verschaft partijen een bepaalde vrijheid van handelen. Waar ISRA goedkeuring van de transactie door het NJDEP verlangt, is Connecticut's Transfer Act minder streng.<sup>110</sup> Deze kenmerken maken het wellicht aantrekkelijk om soortgelijke wetgeving in bijvoorbeeld Nederland of de Europese Unie in te voeren.

Een ander novum in de Transfer Act is dat het toezicht op de naleving en de uitvoering van de Transfer Act gedeeltelijk is geprivatiseerd door middel van het inschakelen van zogenaamde Licensed Environmental Professionals (LEPs). Dit is een innovatieve oplossing, die tot dusverre in de staat Connecticut blijkt te functioneren. Hierna ga ik in op de hoofdlijnen van de Transfer Act.<sup>111</sup> De volledige tekst van de Transfer Act is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

#### 4.5.2 *Inhoud en systeem van de Transfer Act*

Ook de Transfer Act is onderdeel van een omvangrijkere milieuwetgeving met betrekking tot gevaarlijke stoffen en bodemsanering in de staat Connecticut (zie Connecticut's General Statutes, Title 22a Environmental Protection, Chapter 445, Hazardous Waste). De Transfer Act is een complementair onderdeel van het wettelijke systeem met betrekking tot bodembescherming in Connecticut.<sup>112</sup> De wet is veel bondiger geformuleerd in vergelijking tot New Jersey's ISRA, maar ook in de Transfer Act is veel aandacht besteed aan de definities van wettelijke termen die de reikwijdte van de wet bepalen. Belangrijk is uiteraard de definitie van transfer van een bepaalde inrichting/onderneming: daarvan is de toepasselijkheid van de wet immers afhankelijk. Een transfer of establishment omvat volgens de Transfer Act elke transactie of proces waarbij een establishment een verandering in eigendom ondergaat. Een establishment is ingevolge de Transfer Act:

“(...) any real property at which or any business operation from which (A) on or after November 19, 1980, there was generated, except as the result of remediation of polluted soil, groundwater or sediment, more than one hundred kilograms of hazardous waste in any one month,<sup>113</sup> (B) hazardous waste generated at a different location was recycled, reclaimed, reused, stored, hand-

110 A.P. Nucciarone, 'Real Property Transfers and Brownfields Development', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 5, 2006, p. 32-31 – 32-33.

111 Ik dank William Warzecha en Jan Czczotka (beiden supervising environmental analyst bij het CDEP, Remediation Division) van het Department of Environmental Protection van de staat Connecticut voor hun nuttige uitleg met betrekking tot de Transfer Act tijdens het gesprek dat ik met beiden op het CDEP had in Hartford (Conn.) op 4 oktober 2006. Tevens gaat mijn dank uit naar Lori DiBella, John Looney and David Wrinn (allen Assistant Attorney General bij het ministerie van de Attorney General (Ministerie van Justitie) van de staat Connecticut) voor hun nuttige uitleg tijdens het gesprek dat ik met hun op het Department of the Attorney General had in Hartford (Conn.) op 13 oktober 2006.

112 Een beknopt overzicht van de statelijke wetgeving in Connecticut is te vinden in een Staff Briefing van 28 juli 1998, *Brownfields in Connecticut*, Legislative Program Review & Investigations Committee, Connecticut General Assembly (verkrijgbaar bij het CDEP in Hartford (Conn.)).

113 Dit betekent dus dat in geen enkele maand waarin de business operation in werking is geweest deze minimumdrempel mag zijn overtreden.

led, treated, transported or disposed of, or which recycled, reclaimed, reused, stored, handled, treated, transported or disposed of, (C) the process of dry cleaning was conducted on or after May 1, 1967, (D) furniture stripping was conducted on or after May 1, 1967, or (E) a vehicle body repair facility was located on or after May 1, 1967".<sup>114</sup>

In tegenstelling tot New Jersey's ISRA, waarin juist de omstandigheden worden opgesomd waaronder ISRA toepasselijk is, zijn in de Transfer Act de van toepassingheid uitgezonderde omstandigheden genoemd (zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (1)). Deze uitzonderingen hebben onder andere betrekking op de vestiging van een hypotheekrecht, de overdracht van aandelen die minder dan 40% van de stemrechten in de rechtspersoon die de establishment drijft vertegenwoordigen, of een juridische reorganisatie die niet substantieel de eigendomsverhoudingen van de establishment wijzigt.<sup>115</sup> De volledige tekst van dit wetsartikel is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

De Transfer Act bevat een relatief eenvoudig systeem waarbij er ingevolge de wet een bepaalde standaardverklaring moet worden opgesteld en ondertekend<sup>116</sup> door diegene die de establishment overdraagt (de transferor) of door een zogenaamde certifying party.<sup>117</sup> De wet spreekt van een Form I, Form II, Form III of Form IV verklaring.<sup>118</sup> Een certifying party kan overigens alleen een Form III of een Form IV ondertekenen. Een Form I verklaring is:

<sup>114</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (3) (Transfer Act). De Transfer Act ziet dus toe op zowel de overdracht van een bedrijf (establishment) zoals omschreven in dit wetsartikel, als op de overdracht van grond (real estate). Dit verschil komt terug in de in te vullen en ondertekenen *Forms*: deze verschillen wat betreft de overdracht van real estate en establishments. Zie: State of Connecticut, Department of Environmental Protection, Property Transfer Program, *Property Transfer Program Forms for the Transfer of Establishments*, d.d. 10 november 2004, Sections 4 tot en met 11.

<sup>115</sup> Deze wettelijke uitzonderingen op de definitie van een "transfer of establishment" lieten in het verleden wel enige onduidelijkheid bestaan. Zie daarover T.M. Armstrong en R.B. Jones, 'Expedited Redevelopment Under Connecticut's Revised Transfer Act and Licensed Environmental Professional Programs', *Journal of Environmental Law & Policy*, Volume 3, Number 4, January/February 1996, p. 52-53.

<sup>116</sup> Wat betreft de ondertekening van het formulier, dit moet in geval van een corporation (vergelijkbaar met een Nederlandse NV) ondertekend worden door de volgende personen: "These forms must be signed by a responsible corporate officer. For the purpose of these forms, a responsible corporate officer means a president, secretary, treasurer, or vice president of the corporation in charge of a principal business function, or any other person who performs similar policy or decision making functions for the corporation." In geval van een LLC (vergelijkbaar met een Nederlandse BV): "These forms must be signed by a member of such LLC." In geval van een individueel persoon: "These forms must be signed by the individual owner/operator, buyer or seller as applicable to the transfer." Zie: State of Connecticut, Department of Environmental Protection, Property Transfer Program, *Property Transfer Program Forms for the Transfer of Establishments*, d.d. 10 november 2004, Section 2, Instructions for Completing Forms I, II, III and IV for the Transfer of Establishments.

<sup>117</sup> Een 'certifying party' is ingevolge Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (6): "in case of a Form III or Form IV, a person associated with the transfer of an establishment who signs a Form III or Form IV and who agrees to investigate and remediate the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate pollution caused by any release at the establishment in accordance with the remediation standards and, in the case of a Form I or Form II, a transferor of an establishment who signs the certification on a Form I or II."

<sup>118</sup> Zie ook State of Connecticut, Department of Environmental Protection, Property Transfer Program, *Property Transfer Program Forms for the Transfer of Establishments*, d.d. 10 november 2004.

“(…) a written certification by the transferor of an establishment on a form prescribed and provided by the commissioner<sup>119</sup> that: (A) no discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment which certification is based on an investigation of the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines, or (B) no discharge spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste has occurred at the establishment based upon an investigation of the parcel in accordance with the prevailing standards and guidelines and the commissioner has determined, in writing, or a licensed environmental professional has verified that any discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of a hazardous substance has been remediated in accordance with the remediation standards”.<sup>120</sup>

Met andere woorden, Form I is de meest gunstige verklaring voor de transferor.<sup>121</sup> Een Form II verklaring betekent eveneens dat er geen problemen met betrekking tot bodemverontreiniging (meer) zijn op het moment van overdracht (transfer).

Een Form II verklaring is ingevolge de Transfer Act:

“(…) a written declaration by the transferor of an establishment on a form prescribed and provided by the commissioner that the parcel has been investigated in accordance with prevailing standards and guidelines and that (A) any pollution caused by a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste which has occurred from the establishment has been remediated in accordance with the remediation standards and that the remediation has been approved in writing by the commissioner or has been verified pursuant to section 22a-133x or section 22a-134a in writing attached to such form by a licensed environmental professional to have been performed in accordance with the remediation standards, (B) the commissioner has determined in writing or a licensed environmental professional has verified pursuant to section 22a-133x or section 22a-134a in writing attached to the form that no remediation is necessary to achieve compliance with the remediation standards, or (C) a Form IV verification was previously submitted to the commissioner and, since the date of the submission of the Form IV, no discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment, which certification is based on an investigation of the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines.”<sup>122</sup>

119 De Commissioner in de zin van dit wetsartikel is de Minister van milieuzaken van de staat Connecticut, dan wel een namens de Commissioner optredende persoon, zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (2).

120 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (10).

121 Zie: State of Connecticut, Department of Environmental Protection, Property Transfer Program, *Property Transfer Program Forms for the Transfer of Establishments*, d.d. 10 november 2004, Section 2, Instructions for Completing Forms I, II, III and IV for the Transfer of Establishments, p. 3: “(…) The Form I can only be filed with written documentation attached to Form I demonstrating that no release of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment or the commissioner has approved or an LEP has verified that no release of hazardous waste has occurred at the establishment and any release of a hazardous substance has been remediated in accordance with the remediation standards. Without appropriate documentation the Form I will be rejected as inappropriate or deemed incomplete and cause significant delay in the process.”

122 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (11). De remediation standards zijn al geruime tijd geleden vastgesteld door de Department of Environmental Protection van de staat Connecticut. De remediation standards in Connecticut zijn overigens gekoppeld aan bepaalde grondwaterwaarden, zie Conn. Gen. Stat. Sections 22a-133k-1 tot en met 22a-133k-3 en 22a-133q-1 (remediation standards), en de *WaterQuality Standards* van de State of Connecticut, Department of Environmental Protection. Ik dank William Warzecha en Jan Czechtka (beiden supervising environmental analyst bij het CDEP, Remediation Division) voor het overhandigen van de desbetreffende documentatie tijdens het gesprek dat ik met beiden had in Hartford (Conn.) op 4 oktober 2006.

De Forms III en IV bevatten daarentegen verklaringen waarbij in de nabije toekomst actie, bodemonderzoek en mogelijk bodemsanering, dient te worden ondernomen. Partijen bij de transactie mogen daarbij zelf bepalen wie daarvoor verantwoordelijk is (de sanering of monitoring in de toekomst):

““Form III” means a written certification signed by a certifying party on a form prescribed and provided by the commissioner, which certification states that (A) a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment or the environmental conditions at the establishment are unknown, and (B) that the person signing the certification agrees to investigate the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate the pollution caused by any release of a hazardous waste or a hazardous substance from the establishment in accordance with the remediation standards”.<sup>123</sup>

Een Form IV verklaring is:

“(…) a written certification signed by one or more certifying parties on a form prescribed and provided by the commissioner and which is accompanied by a written determination by the commissioner or by a verification by a licensed environmental professional pursuant to section 22a-134a or 22a-133x, which certification states and is accompanied by documentation demonstrating that the parcel has been investigated in accordance with prevailing standards and guidelines and that (A) there has been a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance on the establishment, and (B) all actions to remediate any pollution caused by any release at the establishment have been taken in accordance with the remediation standards except postremediation monitoring, natural attenuation monitoring or the recording of an environmental land use restriction, and (C) that the person or persons signing the certification agree, in accordance with the representations made in the form, to conduct postremediation monitoring or natural attenuation monitoring in accordance with the remediation standards and if further investigation and remediation are necessary to take further action to investigate the establishment in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate the establishment in accordance with the remediation standards.”<sup>124</sup>

#### *Transfer of hazardous waste establishments; certification of cleanup*

Het is verboden om een establishment over te dragen zonder aan de vereisten van de Transfer Act te voldoen in die gevallen dat de Transfer Act toepasselijk is op de desbetreffende transfer (zie Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (a)). Dit verbod geldt niet voor een trustee in bankruptcy, een persoon vergelijkbaar met een Nederlandse faillissementscurator, of “a person appointed by the Superior Court or any other court to sell, convey or partition real property”.

---

<sup>123</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (12).

<sup>124</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (13).

Diegene die de establishment overdraagt (de transferor) moet, indien toepasselijk, het ingevulde en ondertekende Form I of Form II aan de koper (transferee) overhandigen, en binnen tien dagen na de overdracht (transfer) een kopie van Form I of Form II aan de Commissioner (dat wil zeggen aan het CDEP) overleggen (zie Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (c)). Indien het niet mogelijk is een Form I of Form II op te stellen, hetgeen betekent dat er dus sprake is, of sprake kan zijn van, bodemverontreiniging, moet een certifying party (dat kan ook de transferor zijn) vóór het moment van transfer een ingevuld en ondertekend Form III of IV aan de transferee overhandigen, en binnen tien dagen na de transfer een kopie van de ondertekende Form III of IV aan de Commissioner overleggen (Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (c)).

Daarnaast moeten, na schriftelijk verzoek van de Commissioner, de technische rapporten en overige documentatie met betrekking tot het uitgevoerde bodemonderzoek aan de Commissioner worden overgelegd. Tevens moet, ingeval van een Form I, III of IV, daarbij tegelijkertijd een environmental conditions assessment form<sup>125</sup> aan de Commissioner worden overgelegd, waarin de transferor of certifying party schriftelijk garandeert dat de informatie in het desbetreffende formulier correct is.<sup>126</sup> Vervolgens laat de Commissioner binnen dertig dagen weten of het ingediende Form III of IV al dan niet volledig is. Binnen vijfenveertig dagen na ontvangst van het volledige Form III of IV, laat de Commissioner de certifying party schriftelijk weten of toezicht en goedkeuring van de sanering zal plaatsvinden namens de Commissioner, dan wel of een LEP dit toezicht mag uitvoeren en goedkeuring mag geven (Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (e) en (f)). Inschakeling van een LEP is een vernieuwing doorgevoerd in de staat Connecticut, waarbij het toezicht en de goedkeuring met betrekking tot het bodemonderzoek en de bodemsanering namens de overheid wordt uitgevoerd door een particuliere consultant/deskundige. De inschakeling van een LEP is in de staat Connecticut ingevoerd om de werklast van de staf van het CDEP te verlichten.

Een LEP is overigens niet zo maar een consultant: de LEP moet aan bepaalde kwalificaties voldoen, en moet daarnaast een examen bij het CDEP hebben afgelegd. Een speciale commissie binnen het CDEP (de State Board of Examiners of Environmental Protection) bepaalt wie in de staat Connecticut mag optreden als LEP, en heeft de bevoegdheid een onderzoek naar de werkzaamheden en het gedrag van een LEP uit te voeren indien zij daarvoor aanleiding ziet.<sup>127</sup> De invoering van het fenomeen LEP in de staat Connecticut is innovatief te noemen. Het

---

125 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (17): ““Environmental condition assessment form” means a form prescribed and provided by the commissioner, prepared under the supervision of a licensed environmental professional, and executed by (A) the certifying party under sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, or (B) the owner of the property under section 22a-133x which form describes the environmental conditions at the parcel”.

126 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134a (d).

127 Zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v. Zie voor de volledige tekst van dit wetsartikel de Bijlage bij dit boek.

inschakelen van een particulier ten behoeve van het houden van toezicht op, en het geven van goedkeuring van, saneringswerkzaamheden namens de overheid kan echter ook problemen met zich meebrengen. De LEP wordt immers ingeschakeld (en betaald) door diegene die betrokken is bij de transfer, maar moet tevens de belangen van de overheid behartigen. Hij kan daardoor soms in een lastige situatie terecht komen, waarbij hij met verschillende belangen wordt geconfronteerd.<sup>128</sup> In par. 5.3.7 wordt verder ingegaan op de mogelijkheden tot invoering van een dergelijk systeem van privaat toezicht in Nederland en de Europese Unie.

#### *Uitzonderingen op de toepasselijkheid van de Transfer Act*

De Transfer Act is minder stringent dan ISRA, en heeft daarom ook minder uitzonderingen nodig om in de praktijk goed te kunnen functioneren. Er hoeven dus niet speciale procedurele uitzonderingen te worden gemaakt om de doorgang van de transfer niet al te zeer te vertragen, zoals dat wél bij ISRA het geval is (zie par. 4.4.2.4 hiervoor). De uitzondering die wel wordt gegeven in de Transfer Act heeft betrekking op de situatie waarbij er in het verleden al een Form I, II, III of IV met betrekking tot de desbetreffende establishment is afgegeven, zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134a (l). Zie voor de tekst van dit wetsartikel de Bijlage bij dit boek.

#### *Sancties op overtreding van de bepalingen en vereisten van de Transfer Act*

Aangezien de Transfer Act als uitgangspunt heeft dat partijen betrokken bij de transfer zélf de toepasselijke wettelijke bepalingen moeten naleven, en zélf het correcte formulier moeten invullen en overhandigen, staan er hoge boetes op overtreding van de wettelijke bepalingen. Deze boetebepalingen zien niet alleen op de juridische entiteit (rechtspersoon) die de establishment overdraagt, maar ook op natuurlijke personen die verkeerde informatie verstrekken. Deze bepalingen creëren dus via de boetebepalingen mogelijke aansprakelijkheid voor bestuurders of werknemers van de juridische entiteit die de establishment drijft. Er zijn drie artikelen in de Transfer Act die boetebepalingen bevatten in geval van niet correcte naleving van de regels van de Transfer Act, dan wel in geval van het verstrekken van onjuiste informatie.

---

<sup>128</sup> Volgens William Warzecha en Jan Czezotka (beiden supervising environmental analyst bij het CDEP, Remediation Division) is het tot dusverre één keer voorgekomen dat een LEP in de staat Connecticut is geroyeerd vanwege malversaties. Deze informatie is mondeling aan mij verstrekt tijdens het gesprek dat ik met beiden had in Hartford (Conn.) op 4 oktober 2006.



*Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134a (j): bestuursrechtelijke order of gerechtelijke procedure om naleving van de regels van de Transfer Act en het bepaalde in de ondertekende Form af te dwingen*

Deze bepaling ziet op het onjuist invullen van één van de Forms I tot en met IV. Bijvoorbeeld: een bestuurder van de rechtspersoon die de establishment drijft vult een Form I in waarin hij verklaart dat er geen sprake is van bodemverontreiniging, terwijl er wel sprake is van bodemverontreiniging, en hij dus een Form III had moeten invullen. Indien het (verkeerde) Form foutief is ingevuld, dan wel de werkzaamheden die conform het ondertekende Form III of Form IV moeten worden uitgevoerd niet worden uitgevoerd, kan de Commissioner de desbetreffende (rechts)persoon via een bestuursrechtelijke order of via een gerechtelijke procedure dwingen om alsnog de bepalingen in de Transfer Act en het ondertekende Form na te leven.

*Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134b: verhaal door de koper (transferee) op de verkoper (transferor)*

Deze bepaling ziet op diegene die de establishment overdraagt, de transferor. Dit zal vaak een rechtspersoon zijn. De transferee kan, indien de transferor niet aan zijn verplichtingen voortvloeiende uit de Transfer Act heeft voldaan, al zijn daarvoor geleden schade verhalen op de transferor:

“Failure of the transferor to comply with any of the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, entitles the transferee to recover damages from the transferor, and renders the transferor of the establishment strictly liable, without regard to fault, for all remediation costs and for all direct and indirect damages.”

Alhoewel er niet veel gerechtelijke procedures met betrekking tot de Transfer Act zijn gevoerd,<sup>129</sup> is wél duidelijk uit de rechtspraak dat dit een bepaling is waarmee de transferor rekening dient te houden. In de *Toxics Law Reporter* wordt melding gemaakt van een rechtzaak uit 1991:

“A property seller was held strictly liable for all cleanup costs at a site contaminated with polychlorinated biphenyls because it ignored a Connecticut law requiring a certification that property is free of hazardous waste before it is transferred [de Transfer Act, RM]. The state law went into effect October 1, 1985 – three days before the sale was consummated (Colonnade One at Old Greenwich L.P. v. Electrolux Corp., DC Conn, No. B-88-336, 6/26/91). (...) In addition to \$ 3.5 million in remediation costs, the purchasers of the property will seek to recover \$ 3 million in damages allegedly caused by the delay in developing the property while remediation was per-

---

129 Informatie mondeling verkregen van Lori DiBella, John Looney and David Wrinn (allen Assistant Attorney General bij het ministerie van de Attorney General (Ministerie van Justitie) van de staat Connecticut) tijdens het gesprek dat ik met hun op het Department of the Attorney General had in Hartford (Conn.) op 13 oktober 2006.

formed (...). Cabranes [de rechter, RM] rejected the argument that the buyer was bound by an “as is” clause in the purchase agreement (...). Moreover, he [de rechter, RM] added, it was fair to override the contract clause in this case because of the “special nature of environmental litigation.” (...) said this was a reference to the fact that the public policy in favor of health and safety would be favored over enforcement of the “as is” clause.”<sup>130</sup>

De verkopende partij was duidelijk nog niet op de hoogte van de destijds (1985) net in werking getreden Transfer Act. Thans is de toepasselijkheid van de Transfer Act in Connecticut uiteraard wel goed bekend bij (markt)partijen.

Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134b is toepasselijk náást de mogelijke verhaalsacties die een transferee ten dienste staan via de regels van algemeen privaatrecht zoals toepasselijk in de staat Connecticut. Een belangrijke gerechtelijke uitspraak ten aanzien van de mogelijke verhaalsacties van de transferee tegen de transferor in verband met de Transfer Act is *Visconti v. Pepper Partners Ltd. Partnership* (2003) 825 A.2d 210, 77 Conn. App. 675. Uit deze uitspraak blijkt, dat overtreding van de bepalingen in de Transfer Act door de transferor niet automatisch betekent dat de transferee recht heeft op schadevergoeding, onafhankelijk van de andere omstandigheden. In casu was het de transferee die contractueel de verplichting op zich had genomen “of executing the requisite environmental certifications, of paying the accompanying filing fees and of taking responsibility for any needed environmental testing and cleanup.” De transferee weigerde voor het sluiten van de koopovereenkomst een bodemonderzoek uit te voeren, en ondertekende desondanks een Form III, dat bij het CDEP werd ingediend. Hij had kennis van de aanwezigheid van een ondergrondse tank op het terrein, had contractueel alle verantwoordelijkheid voor eventuele sanering van bodemverontreiniging op zich genomen, en had de mogelijkheid de bodem voor de koop te onderzoeken, maar koos ervoor dat niet te doen. In dergelijke gevallen kan de transferee zich niet via het civiele recht beroepen op eventuele saneringsplichten die ingevolge de Transfer Act in het verleden op de transferor rustten.

*Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134d*

Dit wetsartikel bevat als sluitstuk een boetebepaling voor eenieder die verkeerde informatie verschaft, of eenieder die niet voldoet aan de bepalingen van de Transfer Act:

“Any person who violates any provision of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, or regulations issued in accordance with the provisions of said sections shall be assessed a civil penalty or shall be fined in accordance with section 22a-438.”

---

<sup>130</sup> ‘State and local laws, *Connecticut*, By not declaring land hazardous waste-free, seller takes on entire cleanup responsibility’, *Toxics Law Reporter*, Volume 6, Number 9, July 31, 1991, p. 275-276.

*Het Transfer Act programma wordt gefinancierd via transfer fees voldaan door de aanvrager*

De Transfer Act kent, in tegenstelling tot ISRA, geen verplichte financiële zekerheidstelling van diegene die op grond van de bepalingen in de Transfer Act het bodemonderzoek en de bodemsanering uitvoert. Wat dat betreft gaat art. 55b lid 3 Wbb bijvoorbeeld verder. Wél dient diegene die een Form indient bij het CDEP een bepaald bedrag (fee) te voldoen, waarvan de hoogte afhankelijk is van het soort Form (I tot en met IV) dat wordt ingediend en de hoogte van de totale saneringskosten, zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134e.

*Saneringsonderzoek en saneringswaarden met betrekking tot de bodem*

Om eenheid in de wijze van saneringsonderzoek te creëren, is reeds in 1989 het zogenaamde Transfer Act Site Assessment Guidance Document door het CDEP opgesteld.<sup>131</sup> Dit document geeft algemene regels en aanwijzingen, maar is niet dwingendrechtelijk van aard.<sup>132</sup> Het gaat uit van drie fasen van onderzoek.<sup>133</sup>

De grondsaneringswaarden zijn in de staat Connecticut gekoppeld aan de kwaliteit van het (grond)water.<sup>134</sup> De saneringsstandaarden zijn uitgebreid weergegeven in de Regulation of Department of Environmental Protection van de staat Connecticut.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> State of Connecticut Department of Environmental Protection, *Transfer Act Site Assessment Guidance Document*, June 1989, revised November 1991.

<sup>132</sup> State of Connecticut Department of Environmental Protection, *Transfer Act Site Assessment Guidance Document*, June 1989, revised November 1991, p. 1: "(...) This document is intended to be used as a guide for preparing site assessments at Establishments subject to the Transfer Act. (...) Although the use of this document is voluntary, using it will help the Department to expedite its review of supporting technical documents submitted in conjunction with a Form III certification submitted under the provisions of the Transfer Act. This document will also assist other persons involved in preparing and reviewing negative declarations. (...) This document is not a substitute for professional experience and judgement which are necessary prerequisites for preparing site assessment reports. It is intended to be utilized by those experienced with preparing and reviewing site assessments."

<sup>133</sup> State of Connecticut Department of Environmental Protection, *Transfer Act Site Assessment Guidance Document*, June 1989, revised November 1991, p. 2: "(...) Phase I should be designed to evaluate the present condition of the site, and determine the likelihood of a Release having occurred. (...) Phase II should be designed to determine if there has been a non-site Release and should assist the parties to the transfer in evaluating which form is appropriate. Typically a Phase II includes on-site environmental sampling and laboratory analysis. (...) Phase III should be designed to define the degree, extent and rate of migration of any on-site Release and to evaluate the potential impact on human health or safety and the environment. (...)"

<sup>134</sup> De toepasselijke standaarden waarden zijn te vinden in: *WaterQuality Standards* van de State of Connecticut, Department of Environmental Protection.

<sup>135</sup> Conn. Gen. Stat. Sections 22a-133k-1 tot en met 22a-133k-3 en 22a-133q-1 (remediation standards).

4.5.3 *Tussenconclusie: Connecticut's Transfer Act biedt de partijen betrokken bij een transfer een redelijke mate van vrijheid van handelen, en is minder strikt in vergelijking tot New Jersey's ISRA*

De Transfer Act is een voorbeeld van een flexibele transfer triggered environmental act, waarbij partijen betrokken bij een transfer wél het mogelijke probleem van bodemverontreiniging moeten onderzoeken en indien aanwezig saneren, maar die de partijen tevens de vrijheid biedt zélf onderling contractueel af te spreken wie de grond uiteindelijk gaat saneren. Daarnaast is het systeem van de Transfer Act, in elk geval in vergelijking met ISRA, betrekkelijk eenvoudig: er moet een standaard formulier (Form I, II, II of IV) worden ingevuld met daarin een verklaring met betrekking tot de milieustatus van de grond, en de onderzoeks- en saneringsverplichtingen die de ondertekenende partij op zich neemt. Partijen worden aanzet tot naleving van de bepalingen van de Transfer Act via bestraffing van overtredingen.

Voorts is de invoering van LEPs in de staat Connecticut, die de toezichthoudende taken wat betreft het uitvoeren van het bodemonderzoek en de saneringswerkzaamheden en daarmee het toezicht op de uitvoering van de Transfer Act van de overheid overnemen, innovatief te noemen. Er zijn echter ook nadelen verbonden aan een dergelijke privatisering van de toezichthoudende taak van de overheid. Een LEP heeft soms een lastige positie: laverend tussen het algemene belang dat de staat Connecticut nastreeft, en het belang van het desbetreffende bedrijf betrokken bij de transfer, die de LEP immers de opdracht heeft verstrekt en hem betaalt. Zie over deze kwestie ook par. 5.3.7.

Daarnaast bevat de Transfer Act geen bepaling die financiële zekerheidstelling met betrekking tot de nakoming van de saneringsverplichtingen van diegene die zich heeft verplicht tot sanering van de grond voorschrijft. Ook bevat de Transfer Act, in tegenstelling tot ISRA, geen specifieke bepaling voor het geval een transferor of certifying party onverhoopt failliet gaat vóórdat de grondsanering is gestart of is afgerond. In hoofdstuk 9 zal blijken dat in de staat Connecticut wel een zogenaamde superlien is geïntroduceerd voor het geval de overheid zélf de saneringskosten voor haar rekening neemt (zie par. 9.4.4).

**4.6 Iowa: overdracht van een hazardous waste or hazardous substance disposal site opgenomen in een speciaal register**

Ten slotte wijs ik nog kort op de transfer triggered milieuwetgeving zoals toepasselijk in de staat Iowa.<sup>136</sup> Deze wetgeving is zeer beperkt in reikwijdte. Het desbetreffende wetsartikel heeft immers alleen betrekking op de hazardous waste or

---

<sup>136</sup> Iowa Code Ann., Par. 455B.430. Deze wettelijke bepaling is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

hazardous substance disposal sites (afvalstort locaties) die zijn opgenomen in een bepaald register in de staat Iowa (registry of hazardous waste or hazardous substance disposal sites).<sup>137</sup> De hazardous waste or hazardous substance disposal site kan alleen met schriftelijk toestemming van overheidswege worden overgedragen.<sup>138</sup> Indien deze regeling niet wordt nageleefd – dus indien er is overgedragen zonder schriftelijke toestemming van overheidswege – kan de overheid een civielrechtelijke actie tegen de desbetreffende persoon instellen om deze overtreding, en dus de overdracht, te blokkeren. Tevens kan er een civielrechtelijke boete van maximaal 1 000 dollar per dag worden opgelegd aan de overtreder. Er is echter niet veel gepubliceerd over deze regeling, waarschijnlijk omdat het maar een zeer beperkt aantal percelen in de staat Iowa betreft, alleen afvalstort locaties, die ook nog eens goed zijn gedocumenteerd in een statelijk register.

#### **4.7 Enige andere staten binnen de Verenigde Staten waarin een transfer triggered environmental act toepasselijk is met daarin alleen een mededelingsplicht voor de verkoper (transferor)**

Zoals eerder vermeld zijn er nog andere staten binnen de Verenigde Staten die een verplichting op de verkoper/rechtsvoorganger ten tijde van de verkoop leggen wat betreft de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte. Het betreft echter geen vergaande milieuwetgeving zoals toepasselijk in de staten New Jersey en Connecticut, waarbij er in geval van de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte een saneringsplicht op de verkoper of op een andere bij de transactie betrokken partij (certifying party) komt te rusten. Het soort wetgeving dat hieronder wordt besproken heeft alleen betrekking op een mededelingsplicht – of anders gezegd openbaarmakingsplicht – rustende op de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger.

In par. 3.5.1 werd melding gemaakt van het voorstel van een nieuwe Kaderrichtlijn Bodem op Europees niveau, met daarin opgenomen een bepaling die betrekking heeft op het verplicht uitvoeren van bodemonderzoek op het moment dat de transactie ('site to be sold') plaatsvindt en daarin gekoppeld een openbaarmakingsplicht aan het bevoegd gezag (artikel 12 van het voorstel).<sup>139</sup> Dit voorstel is in een voortijdig stadium niet goedgekeurd door enkele Lidstaten van de Europese Unie, maar wordt in de toekomst wellicht opnieuw voorgesteld. Wel blijkt uit dit voorstel dat op het niveau van de Europese Unie wordt nagedacht over invoering van een (beperkte) environmental transfer trigger. In een groot aantal staten binnen de

---

<sup>137</sup> Iowa Code Ann, Par. 455B.426.

<sup>138</sup> Iowa Code Ann., Par. 455B.430 (2): "A persons shall not sell, convey, or transfer title to a hazardous waste or hazardous substance disposal site which is on the registry pursuant to section 455B.426 without the written approval of the director. (...)"

<sup>139</sup> Richtlijnvoorstel *Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, *Explanatory Memorandum*, COM (2006) 232 final.

Verenigde Staten is vergelijkbare wetgeving al langer toepasselijk. Hierna worden de desbetreffende wettelijke bepalingen in de Amerikaanse staten California, Michigan, Indiana, Oregon, Pennsylvania en West Virginia besproken.<sup>140</sup> Er zijn meer staten binnen de Verenigde Staten met dergelijke wetgeving, maar ten behoeve van de overzichtelijkheid wordt alleen de wetgeving in voormelde staten besproken.

4.7.1 *California: de Hazardous Substance Account Act (HSAA), onderdeel van de California Health and Safety Code*

De staat California kent een uitgebreide milieuwetgeving,<sup>141</sup> maar geen wetgeving die bodemsanering in geval van een transactie voorschrijft. Wél kent de staat California al geruime tijd een wettelijke mededelingsplicht rustende op de bedrijfsmatige eigenaar (non-residential) van een onroerende zaak die weet, of redelijke gronden heeft om te vermoeden, dat er sprake is van verontreiniging van de grond die wordt verkocht of verhuurd.<sup>142</sup> De eigenaar moet voorafgaande aan de verkoop of verhuur deze informatie schriftelijk openbaar maken aan de koper of huurder van de onroerende zaak. Indien de eigenaar dat niet doet, kan hij voor de daaruit bij de koper of huurder ontstane schade aansprakelijk worden gesteld: “(...) Failure of the owner to provide written notice when required by this subdivision to the buyer, lessee, or renter shall subject the owner to actual damages and any other remedies provided by law” (zie Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359 (a)). Indien de eigenaar kennis heeft van de verontreiniging én deze informatie niet openbaar heeft gemaakt aan de koper of huurder (de wet spreekt van “knowingly and willfully fails”), kan de eigenaar ook nog een maximale wettelijke boete van 5 000 dollar verschuldigd zijn aan de koper vanwege overtreding van de wettelijke mededelingsplicht.<sup>143</sup>

Uiteraard kan er wel discussie ontstaan over de vraag welke kennis de verkoper had of redelijkerwijze had moeten hebben op het moment van de verkoop. De wet spreekt immers over de eigenaar “who knows, or had reasonable cause to believe, that any release has come to be located on or beneath that real property”.<sup>144</sup> Het

140 Advocaat David Farer is gespecialiseerd in de transfer triggered environmental acts toepasselijk in de Verenigde Staten. Op de website van zijn advocatenkantoor Farer Fersko is een beschrijving te vinden van de thans in de Verenigde Staten geldende transfer triggered environmental acts, de inmiddels ingetrokken transfer triggered environmental acts, de in het verleden voorgestelde transfer triggered environmental acts, een overzicht van de wetten die ‘deed notices’, ‘notices on sale of contaminated property’ of ‘declarations of environmental use restrictions’ voorschrijven, en ‘lien and super lien laws’. Zie [www.farerlaw.com/library](http://www.farerlaw.com/library).

141 Zie daarover onder andere P.L. Shanks, ‘California’, in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. CA-1 – CA-63.

142 Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 (a). Zie voor de volledige tekst van dit wetsartikel de Bijlage bij dit boek.

143 Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 (a), laatste volzin.

144 M.H. McKeith en N. Luban wijzen erop dat volledige mededeling de regel is, maar vermelden ook de uitspraak *Commerce Redevelopment Agency v. American Home Products*, 37 Env’t Rep. Cas. (BNA) 1277 (C.D. Cal. 1993) waarin de rechter ten aanzien van Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 (a) bepaalde dat niet elk incident waarbij gevaarlijke stoffen waren vrijgekomen behoefde te worden medegedeeld aan de koper: “For long-lived industrial properties such as this one, such a requirement would be burdensome →

voordeel van het wettelijk vastleggen van de mededelingsplicht van de verkoper, is dat de discussie omtrent hetgeen de koper wist of had moeten weten, en dus in hoeverre de onderzoeksplicht van de koper reikt op dit specifieke punt, naar de achtergrond wordt verplaatst. Het wettelijk vastleggen van de mededelingsplicht van de verkopende eigenaar met betrekking tot deze problematiek, brengt duidelijkheid in de onderlinge verhoudingen tussen de verkoper en koper. Deze wettelijke mededelingsplicht gaat verder dan de mededelingsplicht die uit het Amerikaanse/Californische privaatrecht voortvloeit. De auteurs *Stever* en *Dolin* merken daarover op:

“Recently, however, broader disclosure laws have been enacted in some states specifically in response to hazardous substance contamination problems. For example, a 1987 California enactment requires “any owner of non-residential property who knows or has reasonable cause to believe, that any release of a hazardous substance has come to be located on or beneath that real property” to notify the purchaser in writing prior to the sale of the property. This provision does not merely codify existing common law disclosure requirements, but specifically extends those rights, requiring written hazardous substance disclosure in all non-residential sales transactions, even where disclosure would otherwise not have been necessary (e.g., where the condition was obvious, or the buyer intended to continue existing uses involving hazardous substances on the site). Non-residential buyers are thus authorized to seek available common law remedies for non-disclosure of hazardous substance matters, as well as statutory civil penalties for willful non-compliance.”<sup>145</sup>

De wet legt niet vast hoe de schriftelijke mededeling aan de koper precies moet plaatsvinden, maar deze moet in elk geval volledig zijn. De Californische advocaten *McKeith* en *Luban* merken over de wettelijke mededelingsplicht voortvloeiende uit artikel 25359.7 van de HSAA op:

“Section 25359.7 does not specify the manner by which information is to be disclosed; however, any less than full disclosure arguably could be actionable. The seller, its environmental consultant, and its legal counsel should work together in preparing a disclosure statement for the buyer. Where a substantial number of environmental reports are available concerning the property, it may be advisable to summarize the information for ease of review by the purchaser. The disclosure statement should provide information concerning the past property uses, a summary of the technical data derived from soil and/or groundwater testing, a description of remedial actions

---

and unnecessary. The statute requires notice only of the present ‘condition’ of the property, not a detailed recitation of the history of every spill.” Zie M.H. McKieth en N. Luban, ‘Environmental Considerations in Real Estate Purchase and Sale Transactions’, *California Real Property Journal*, 1996, Vol. 14, No. 3, p. 1-9, noot 29. Zie over Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 ook: J.T. Taggart, ‘A primer on Drafting Contractual Provisions to Cure Environmental Impairments’, *California Real Property Journal*, 2001, Vol. 19, No. 3/4, p. 21-28, in het bijzonder p. 22, D.W. Stever en E.A. Dolin, *Environmental Law & Practice, Compliance/Litigation/Forms*, West Group, 1997, Volume 6, p. 16-19 – 16-20 en J.L. Mangus, L.P. Chin & C.G. Ankenman, *Action Guide, Handling Real Property Sales Transaction*, Oakland: Continuing Education of the Bar, p. 16-17.

<sup>145</sup> D.W. Stever en E.A. Dolin, *Environmental Law & Practice, Compliance/Litigation/Forms*, West Group, 1997, Volume 6, p. 16-20.

taken, if any, a summary of agency involvement, and information concerning the receipt of closure letters. The seller also should offer to make all technical backup information available to the buyer for review. Section 25359.7 does not require that the disclosure be in the purchase agreement; however, the seller should represent in the agreement that the buyer has been provided access to all environmental reports in the seller's possession concerning the condition of the property and that these reports reflect the seller's full knowledge about hazardous substances on or under the property."<sup>146</sup>

## Verhuur

Ook op de huurder rust een wettelijke verplichting tot mededeling aan de eigenaar/verhuurder indien hij kennis heeft, of redelijke gronden heeft om te vermoeden, dat er gevaarlijke stoffen in de gehuurde grond zijn gekomen of zullen komen.<sup>147</sup> Indien de huurder binnen een redelijke termijn geen schriftelijke mededeling doet van deze vervuilende gebeurtenis of de mogelijkheid van vervuiling, is hij aansprakelijk voor de door deze gebeurtenis ontstane schade bij de verhuurder. Indien hij niet aan deze wettelijke verplichting voldoet, is er tevens sprake van een verzuim/niet-nakoming (default) van de huurovereenkomst zijdens de huurder, mits de verhuurder de huurder van dit verzuim schriftelijk op de hoogte stelt. Het ontstaan van een verzuim op deze grond geldt overigens alleen in geval van bedrijfsmatige huur. Tevens kan aan huurder in dat geval een wettelijke boete van maximaal 5 000 dollar worden opgelegd, welke boet ten gunste komt van de verhuurder. Het verzuim kan door de huurder worden hersteld door binnen een redelijke termijn de bodem te saneren of andere maatregelen te nemen volgens de daarvoor toepasselijke milieuwetgeving, met schriftelijke goedkeuring verkregen van de verhuurder.

Een mededelingsplicht voor de verkoper (of verhuurder) ten opzichte van de koper (of huurder) bestaat ook met betrekking tot de eventuele aanwezigheid van asbest<sup>148</sup> en schimmel (mold).<sup>149</sup> Vooral deze laatste regeling, ingevoerd in California in 2001, is gedetailleerd qua opzet en inhoud. Op de verkoper van een commerciële of industriële onroerende zaak rust de plicht tot schriftelijke openbaarmaking van de aanwezigheid van mold, indien hij daarvan kennis heeft en de hoeveelheid mold de toegestane limiet overtreft dan wel een gevaar voor de gezondheid oplevert.<sup>150</sup>

<sup>146</sup> M.H. McKieth en N. Luban, 'Environmental Considerations in Real Estate Purchase and Sale Transactions', *California Real Property Journal*, 1996, Vol. 14, No. 3, p. 1-9, zie voor dit citaat p. 3-4.

<sup>147</sup> Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 (b).

<sup>148</sup> Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Sections 25915-25919.7.

<sup>149</sup> Deering's Health and Safety Code Ann., Sections 26140-26153.

<sup>150</sup> Deering's Health and Safety Code Ann., Section 26140: "(a) Subject to subdivisions (b), (c), and (d), a seller or transferor of commercial or industrial real property shall provide written disclosure to prospective buyers as soon as practicable before the transfer of title when the seller or transferor knows of the presence of mold, both visible and invisible or hidden, that effects the unit or building and the mold either exceeds permissible exposure limits to molds established by subdivisions (a), (b), and (c) of Section 26103 or poses a health threat, according to the department's guidelines as developed pursuant to Section 26105 (...)." Zie voor de volledige tekst van dit wetsartikel de Bijlage bij dit boek.



#### 4.7.2 *Indiana: de Responsible Property Transfer Law (RPTL)*

De staat Indiana heeft een aparte wet uitgevaardigd die geheel is gewijd aan de verplichting tot informatieverstopping met betrekking tot milieuproblematiek door diegene die een property overdraagt.<sup>151</sup> De verplichtingen voortvloeiende uit Indiana's RPTL gelden niet specifiek voor industrieterreinen, maar voor elke transfer (overdracht) van property. De verkoper dient daarbij een van overheidswege vastgesteld disclosure document<sup>152</sup> aan de koper over te leggen, en wel ten minste dertig dagen voor het moment van transfer.<sup>153</sup> Van dit vereiste van dertig dagen, kan alleen met toestemming van de andere bij de overdracht betrokken partij worden afgeweken.<sup>154</sup> Een dergelijk voorgeschreven vorm (disclosure document) waarin de informatie van de verkoper moet worden vastgelegd, kent de staat California bijvoorbeeld niet. Indien diegene die overdraagt in het disclosure document één of meer milieuproblemen (de RPTL spreekt van environmental defects) openbaart aan diegene aan wie de property wordt overgedragen, en dit probleem daarvoor onbekend was bij diegene aan wie wordt overgedragen, dan is diegene ontslagen van zijn plicht om mee te werken aan de overdracht dan wel van zijn plicht om de overdracht te financieren.<sup>155</sup> Diegene aan wie wordt overgedragen of diens financier kan, indien een disclosure document niet op tijd wordt overgelegd, dat alsnog verlangen. Indien het disclosure document niet tien dagen na het verzoek wordt overgelegd, of indien het document een environmental defect openbaart, kan de medewerking aan de overdracht alsnog worden geweigerd.<sup>156</sup> Nadat de overdracht heeft plaatsgevonden, kan diegene aan wie de property wordt overgedragen de overdracht of de financiering van de overdracht niet meer weigeren.<sup>157</sup>

Vervolgens moet een kopie van het disclosure document door diegene die overdraagt aan de overheid worden afgegeven, en moet óf diegene die overdraagt, óf diegene aan wie de zaak is overgedragen, het disclosure document in het daarvoor bestemde register laten inschrijven.<sup>158</sup> Indien het environmental defect is gesaneerd, kan dat feit, tezamen met een verklaring van een geregistreerde professionele ingenieur dienaangaande, worden ingeschreven in datzelfde register.<sup>159</sup> Er staan ook sancties op het niet overhandigen van een disclosure document door de overdragende partij aan diegene aan wie de zaak wordt overgedragen,<sup>160</sup> het opzet-

---

151 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-1 – 13-25-3-15 (Responsible Property Transfer Act). De tekst van deze wet is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

152 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-7.

153 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-2(a).

154 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-2(b).

155 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-3.

156 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-4. Zie ook West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-5.

157 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-6.

158 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-8.

159 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-9. Dit systeem lijkt op het systeem van LEPs zoals toepasselijk in de staat Connecticut, zie par. 4.5 hiervoor.

160 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-10.

telijk geven van foute informatie in het disclosure document,<sup>161</sup> en het niet in het register inschrijven van het disclosure document.<sup>162</sup> De overtredende partij kan worden gedwongen tot naleving van de wet,<sup>163</sup> en een partij betrokken bij de overdracht kan, indien hij schade heeft geleden vanwege het niet naleven van de bepalingen van de RPTL, zijn kosten via het civiele recht verhalen op de overtreder van de wettelijke bepalingen.<sup>164</sup>

#### 4.7.3 *Michigan: de Natural Resources and Environmental Pollution Control Act*

In de Amerikaanse staat Michigan rust op een persoon die een perceel grond in eigendom heeft dat valt te kwalificeren als een facility<sup>165</sup> een mededelingsplicht ten opzichte van de koper of andere persoon aan wie het perceel grond wordt overgedragen met betrekking tot de vervuiling die heeft plaatsgevonden op het desbetreffende perceel grond.<sup>166</sup> Het is verboden om het desbetreffende perceel over te dragen indien niet aan deze wettelijke mededelingsplicht is voldaan. Daarnaast mag een persoon het perceel grond alleen overdragen indien hij de toepasselijke gebruiksbeperkingen van het perceel grond, voortvloeiende uit een uitgevoerde of thans in uitvoering zijnde bodemsanering, volledig openbaart aan de koper.<sup>167</sup>

Op de overtreding van de wettelijke mededelingsplicht van de verkoper voortvloeiende uit artikel 324.20116 staat geen specifieke wettelijke boetebepaling, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Hazardous Substance Account Act in California. Wél kan de koper via het civiele Amerikaanse (en in de staat Michigan geldende) recht een beroep doen op overtreding van dit wetsartikel door de verkoper, en bijvoorbeeld schadevergoeding van de verkoper eisen. Het betreft immers een wettelijke verplichting rustende op de verkoper. Overigens is het niet melden van ontstane bodemvervuiling na 1 juli 1991, zoals verplicht onder de wet in Michigan, een misdad (felony) waarop een maximale boete van 25 000 dollar staat.<sup>168</sup> Dit

161 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-11.

162 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-12.

163 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-14.

164 West's Ann. Indiana Code, Par. 13-25-3-15.

165 Een 'facility' is "any area, place, or property where a hazardous substance in excess of the concentrations which satisfy the requirements of section 20120(a) or (17) or the cleanup criteria for unrestricted residential use under part 213 has been released, deposited, disposed of, or otherwise comes to be located. Facility does not include any area, place, or property at which response activities have been completed which satisfy the cleanup criteria for the residential category provided for in section 20120a(1)(a) and (17) or at which corrective action has been completed under part 213 which satisfies the cleanup criteria for unrestricted residential use", Mich. Compiled Laws Ann., section 324.20101 (o) (Definitions).

166 Mich. Compiled Laws Ann., section 324.20116 (1). Zie voor de volledige tekst van dit wetsartikel de Bijlage bij dit boek.

167 Mich. Compiled Laws Ann., section 324.20116 (3).

168 Mich. Compiled Laws Ann., sections 324.20139 (1) en (2b) luiden als volgt: "(1) The penalties provided in this section only apply to a release that occurs after July 1, 1991. (2) A person who does any of the following is guilty of a felony and shall be fined not less than \$ 2,500.00 or more than \$ 25,000.00 for each violation: (...) (b) intentionally makes a false statement, representation, or certification in any application, record, report, plan, or other document filed or required to be maintained under this part." 'This part' is part 201, Environmental Remediation, waaronder ook artikel 324.20116 valt.

heeft indirect effect op de omvang van de informatieverstopping door de verkoper in geval van verkoop. Een vervuiling moet immers gemeld en vastgelegd worden, en de kennis van deze vastgelegde melding (in een recorded instrument) van de verkoper moet uiteindelijk weer worden doorgegeven aan de koper (zie artikel 324.20116 (1) van de Natural Resources and Environmental Pollution Control Act).

#### 4.7.4 *Oregon: Environmental Cleanup Law*

In de Amerikaanse staat Oregon moet de eigenaar of operator<sup>169</sup> van een facility<sup>170</sup> die kennis heeft van een release<sup>171</sup> van een hazardous substance<sup>172</sup> die heeft plaats gevonden tijdens de periode dat hij eigenaar of operator van de facility was, deze kennis vóór een transfer of ownership openbaren aan de koper/rechtsopvolger (zie Oregon Revised Statutes Par. 265.255 (1) (c)).<sup>173</sup> Indien de overdragende eigenaar of operator deze kennis niet (correct) openbaart, is hij risicoaansprakelijk (strictly liable) voor alle kosten en schade geleden door de staat Oregon of een andere persoon diens gevolg.<sup>174</sup> Tevens kan een boete van \$10 000 per dag worden opgelegd aan diegene die niet voldoet aan zijn openbaarmakingsplicht.<sup>175</sup>

#### 4.7.5 *Pennsylvania: Solid Waste Management*

In de staat Pennsylvania moet diegene die de akte van overdracht ten aanzien van een onroerende zaak opstelt of doet opstellen (de grantor), in de akte van overdracht een omschrijving geven van de gevaarlijke stoffen die thans in de grond terecht komen, of die ooit in de grond zijn terechtgekomen, zover de grantor daarvan kennis heeft (artikel 6018.405).<sup>176</sup> In de akte van overdracht moet, indien deze informatie aanwezig is, de exacte locatie van de bodemverontreiniging worden weergegeven en de typen gevaarlijke stoffen die zich daarin bevinden. Deze omschrijving moet in elke nieuwe overdrachtsakte met betrekking tot de desbetreffende onroerende zaak worden opgenomen. Op overtreding van dit artikel 6018.405, staan zowel civielrechtelijke (tot maximaal \$ 25 000)<sup>177</sup> als strafrechtelijke<sup>178</sup> boetes.

169 Oregon Revised Statutes (ORS) Par. 465.200 (20).

170 ORS Par. 465.200 (13).

171 ORS Par. 465.200 (22).

172 ORS Par. 465.200 (16).

173 De desbetreffende wettelijke bepalingen zijn (gedeeltelijk) opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

174 ORS Par. 465.255 (1) (c).

175 ORS Par. 465.900 (1).

176 Purdon's Pennsylvania Stat. Ann., Par. 6018.405. De volledige tekst van dit wetsartikel is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

177 Purdon's Pennsylvania Stat. Ann., Par. 6018.605. De tekst van dit wetsartikel is gedeeltelijk opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

178 Purdon's Pennsylvania Stat. Ann., Par. 6018.606. De tekst van dit wetsartikel is gedeeltelijk opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

#### 4.7.6 *West Virginia: de Hazardous Waste Management Act*

Onder West Virginia's Hazardous Waste Management Act moet in elke akte van overdracht of, indien er sprake is van huur of een andere overeenkomst waarbij een onroerende zaak is verhuurd, door de verhuurder in de (huur)overeenkomst, het feit worden vermeld dat de onroerende zaak en/of de grond is gebruikt voor het opslaan, behandelen of verwerken van gevaarlijke stoffen. Deze verplichting rust op diegene die de akte doet opstellen (grantor of the deed) of de verhuurder op het moment van overdracht of huur, ongeacht of hij op dat moment de eigenaar is van de grond.<sup>179</sup> De verplichting geldt alleen voor de grantor of the deed of de verhuurder die eigenaar was van, of een belang had in, de onroerende zaak of de grond op het moment dat deze werd gebruikt voor het opslaan, behandelen of verwerken van de gevaarlijke stoffen. Daarnaast moet de grantor of the deed of de verhuurder zijn kennis van het opslaan, behandelen of verwerken van gevaarlijke stoffen vóórdat hij eigenaar was of een belang had in de onroerende zaak of de grond mededelen in de akte van overdracht of in de huurovereenkomst. Er staan geen specifieke wettelijke boetes op overtreding van dit wetsartikel, maar de rechtsopvolger of huurder kan wel een actie instellen via het civiele recht. Ook hier geldt dat de positie van de rechtsopvolger of huurder dan een sterkere is in vergelijking met de situatie dat een dergelijke mededelingsplicht niet is opgenomen in de wet. De grantor of the deed of de verhuurder heeft immers een wettelijke bepaling overtreden.

#### 4.8 **Federale wetgeving in de Verenigde Staten met betrekking tot bodemverontreiniging en verkoop van grond: CERCLA**

Ten slotte past het hier om de federale wetgeving ten aanzien van mededelingsverplichtingen in geval van een transactie/bedrijfsovername te vermelden. Er bestaat zoals eerder vermeld geen specifieke transfer triggered environmental act op federaal niveau in de Verenigde Staten. Wel dient een federale overheidsinstantie of agency die grond in eigendom van de Verenigde Staten verkoopt, te voldoen aan bepaalde verplichtingen tot openbaarmaking met betrekking tot mogelijke verontreiniging. Dit is dus specifiek een verplichting rustende op overheidsinstanties, en niet op bedrijven/burgers. Zie 42 U.S.C., par. 9620(h) (1):

“Property transferred by Federal agencies

(1) Notice

After the last day of the 6-month period beginning on the effective date of regulations under paragraph (2) of this subsection, whenever any department, agency, or instrumentality of the United States enters into any contract for the sale or other transfer of real property which is owned by the United States and on which any hazardous substance was stored for one year or

---

<sup>179</sup> Michie's West Virginia Code Ann., Par. 22-18-21 (a). De volledige tekst van dit wetsartikel is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

more, known to have been released, or disposed of, the head of such department, agency, or instrumentality shall include in such contract notice of the type and quantity of such hazardous substance and notice of the time at which such storage, release, or disposal took place, to the extent such information is available on the basis of a complete search of agency files.”

Tevens moet de verkopende overheidsinstelling garanderen dat de te verkopen grond is of wordt gesaneerd door de desbetreffende overheidsinstelling. Zie 42 U.S.C., par. 9620(h) (3):

“Contents of certain deeds

(A) In general

After the last day of the 6-month period beginning on the effective date of regulations under paragraph (2) of this subsection, in the case of any real property owned by the United States on which any hazardous substance was stored for one year or more, known to have been released, or disposed of, each deed entered into for the transfer of such property by the United States to any other person or entity shall contain

(i) to the extent such information is available on the basis of a complete search of agency files

(I) a notice of the type and quantity of such hazardous substances,

(II) notice of the time at which such storage, release, or disposal took place, and

(III) a description of the remedial action taken, if any;

(ii) a covenant warranting that

(I) all remedial action necessary to protect human health and the environment with respect to any such substance remaining on the property has been taken before the date of such transfer, and

(II) any additional remedial action found to be necessary after the date of such transfer shall be conducted by the United States (...).”

Aangezien CERCLA allerlei milieurechtelijke verplichtingen op bedrijven/burgers in de Verenigde Staten legt, is het logisch te noemen dat de federale overheid zichzelf voormelde verplichtingen oplegt. Het zou vreemd zijn indien de federale overheid zelf de vervuilde terreinen grond zou verkopen en de wettelijke saneringsverplichtingen vervolgens op de nieuwe eigenaar zouden komen te rusten.

## **4.9 Het Vlaams Bodemdecreet**

### *4.9.1 Inleiding*

In de voorgaande paragrafen is uitgebreid ingegaan op specifieke statelijke Amerikaanse milieuwetgeving, in het algemeen aangeduid als zogenaamde transfer triggered environmental acts. Deze wetten zijn al in de jaren '80 van de twintigste eeuw ingevoerd. Ook in een beperkt aantal andere landen is dergelijke wetgeving ingevoerd. Een duidelijk voorbeeld daarvan in onze nabije omgeving is het

in 1995 in Vlaanderen (het Vlaams Gewest) ingevoerde Vlaams Bodemdecreet.<sup>180</sup> Het Vlaams Bodemdecreet is geen federale wetgeving van de Belgische Staat, maar, zoals de naam reeds doet vermoeden, wetgeving uitgevaardigd door de Vlaamse wetgever. Het Vlaams Bodemdecreet is meerdere keren gewijzigd. Het nieuwe, gewijzigde, Vlaams Bodemdecreet is per 1 juni 2008 in werking getreden.<sup>181</sup> De wijzigingen van het Vlaams Bodemdecreet en het daarbij horende Vlaams Bodemreglement (in Vlaanderen meestal aangeduid als Vlarebo)<sup>182</sup> hebben – evenals de wijzigingen van ECRA/ISRA (New Jersey) en de Transfer Act (Connecticut) – plaats gevonden naar aanleiding van enige knelpunten geconstateerd in de praktijk. In het nieuwe Vlaams Bodemdecreet is bijvoorbeeld de bodemsaneringsprocedure versoepeld, en is er een meer realistische en efficiënte aanpak van historische bodemsanering.<sup>183</sup> In deze paragraaf wordt ingegaan op de systematiek en reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet en het Vlaams Bodemreglement.

Het Vlaams Bodemdecreet koppelt de verplichting tot het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek<sup>184</sup> mede aan het moment van overdracht van bepaalde gronden (het Vlaams Bodemdecreet spreekt over de overdracht van een ‘risicog rond’<sup>185</sup>),<sup>186</sup> de sluiting van een risico-inrichting,<sup>187</sup> de faillietverklaring van een

180 Zie over het Vlaams Bodemdecreet ook de volgende publicaties: C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, ‘Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 290-323, P. de Smedt, ‘De implicaties van het Vlaamse Bodemsaneringsdecreet op het beheer en de vereffening van het faillissement: van nu en straks’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2006, p. 529-544, F. van Nuffel, ‘De “onschuldige bezitter” in het bodemsaneringsdecreet’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2002, p. 33-53, D. Devos, ‘Wijzigingen aan het bodemsaneringsdecreet: de sanering van sites, kort maar krachtig’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2001, p. 366-378, D. Ryckbost, ‘Bijsturing van het Decreet betreffende de bodemsanering’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1998, p. 334-352 en S. Deloddere, ‘Kanttekeningen bij het begrip “overdracht van gronden” zoals gedefinieerd in het Decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1996, p. 80-84.

181 Gepubliceerd in: *Belgisch Staatsblad* van 22 januari 2007, N. 2007-318, ‘Decreet betreffende de bodemsanering en bodembescherming van 20 oktober 2006’. Dit nieuwe Vlaams Bodemdecreet is, tezamen met het Vlaams Bodemreglement, in werking getreden per 1 juni 2008. Zie art. 236 Vlaams Bodemreglement.

182 Besluit van de Vlaamse Regering houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodembescherming van 14 december 2007, *Belgisch Staatsblad* van 22 april 2008, p. 21358-21440 (N. 2008-1335), en de aanvullingen op dit reglement in het *Belgisch Staatsblad* van 19 mei 2008, p. 25909-25932 (N. 2008-1628).

183 Zie C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, ‘Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 290-323.

184 Art. 28, par. 1 en 2, Vlaams Bodemdecreet: “1. Een oriënterend bodemonderzoek heeft tot doel uit te maken of er duidelijke aanwijzingen zijn voor de aanwezigheid van bodemverontreiniging. Het houdt een historisch onderzoek en een beperkte monsterneming in. 2. Een oriënterend bodemonderzoek wordt uitgevoerd onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige conform de standaardprocedure, vastgesteld door de Vlaamse Regering op voorstel van de OVAM. Bij gebreke aan dergelijke standaardprocedure wordt het oriënterend bodemonderzoek uitgevoerd volgens een code van goede praktijk. De resultaten van het oriënterend bodemonderzoek worden aan de OVAM meegedeeld binnen dertig dagen na het afsluiten ervan.”

185 Art. 2, onder 13, Vlaams Bodemdecreet: “risicoground: grond waarop een risico-inrichting gevestigd is of was.”

186 Art. 29 Vlaams Bodemdecreet luidt als volgt: “Een oriënterend bodemonderzoek wordt uitgevoerd op initiatief en op kosten van de overdrager of de gemandateerde voor de overdracht van een risico-grond.” Art. 102, par. 1, Vlaams Bodemdecreet luidt: “Risicogronden kunnen slechts overgedragen worden als er vooraf een oriënterend bodemonderzoek werd uitgevoerd.”

187 Art. 32 en art. 122 Vlaams Bodemdecreet. Art. 32 Vlaams Bodemdecreet luidt: “Een oriënterend bodemonderzoek wordt uitgevoerd op initiatief en op kosten van de exploitant naar aanleiding van de sluiting van →

handelaar of een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert,<sup>188</sup> dan wel de vereffening van een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert.<sup>189</sup> Indien uit het oriënterende bodemonderzoek blijkt dat de in Vlaanderen geldende normen met betrekking tot bodemverontreiniging zijn overschreden, moet er een beschrijvend bodemonderzoek<sup>190</sup> worden uitgevoerd om de ernst van de bodemverontreiniging vast te stellen.<sup>191</sup> Vervolgens moet de bodem worden gesaneerd, en moet er in bepaalde gevallen financiële zekerheid met betrekking tot de uit te voeren saneringswerkzaamheden worden gesteld.<sup>192</sup> Vergelijk overigens met betrekking tot het vereiste van financiële zekerheidstelling het in Nederland toepasselijke art. 55b lid 3 Wbb. Een aparte regeling in het Vlaams Bodemdecreet heeft betrekking op zogenaamde sites (art. 140 – 145).<sup>193</sup> Een site kan één of meer gronden betreffen, en wordt aangewezen door de OVAM (de afkorting OVAM staat voor: Openbare Vlaamse Afvalstoffen Maatschappij),<sup>194</sup> of de Vlaamse regering. Na vaststelling van een site dient van rechtswege een site-onderzoek te worden uitgevoerd. Op deze sites in de zin van het Vlaams Bodemdecreet wordt hierna niet verder ingegaan.

Een uitgebreid overzicht van de verplichtingen voortvloeiende uit het Vlaams Bodemdecreet en het Vlaams Bodemreglement en de standaard meldings- en aanvraagformulieren zijn overigens te vinden in de *Handleiding overdrachten volgens het bodemdecreet 2006* van de OVAM, te raadplegen via de website [www.ovam.be](http://www.ovam.be).

---

een risico-inrichting.” Overigens, in geval van exploitatie van een risico-inrichting kan door de Vlaamse Regering onder omstandigheden een periodieke onderzoeksplicht worden opgelegd aan de exploitant, zie art. 33 Vlaams Bodemdecreet.

188 Art. 34 en art. 123, par. 1, Vlaams Bodemdecreet. Art. 34 Vlaams Bodemdecreet luidt: “In geval een handelaar of een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert failliet wordt verklaard, wordt op initiatief van de curator een oriënterend bodemonderzoek uitgevoerd op de gronden waar de gefailleerde de risico-inrichting exploiteerde.”

189 Art. 35 en art. 123, par. 2, Vlaams Bodemdecreet. Art. 35 Vlaams Bodemdecreet: “In geval een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert in vereffening wordt gesteld, wordt op initiatief van de vereffenaar een oriënterend bodemonderzoek uitgevoerd op de gronden waar de vennootschap in kwestie de risico-inrichting exploiteerde.”

190 Zie ten aanzien van het algemene saneringscriterium en het beschrijvend bodemonderzoek art. 9 (nieuwe bodemverontreiniging) en art. 19 (historische bodemverontreiniging) Vlaams Bodemdecreet.

191 Art. 38 Vlaams Bodemdecreet.

192 Art. 47 e.v. Vlaams Bodemdecreet. Zie ten aanzien van de saneringsplicht en financiële zekerheidstelling de art. 104 – 112 (overdracht van risicoground), art. 115 (versnelde overdrachtsperiode) en art. 122 (sluiting van een risico-inrichting) Vlaams Bodemdecreet.

193 Zie daarover ook C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, ‘Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 305-307.

194 Art. 28, par. 2, Vlaams Bodemdecreet. De OVAM is een Intern Verzelfstandigd Agentschap met rechtspersoonlijkheid. Een Intern Verzelfstandigd Agentschap kan als volgt worden gedefinieerd: “Uitvoeringsgerichte diensten van de Vlaamse Gemeenschap die onder het gezag staan van de Vlaamse regering en beschikken over operationele autonomie. Intern verzelfstandigde agentschappen ressorteren onder de rechtspersoonlijkheid van de Vlaamse Gemeenschap of beschikken over een eigen rechtspersoonlijkheid.” Zie [www.ovam.be](http://www.ovam.be), en [www2.vlaanderen.be/bbb/woordenlijst](http://www2.vlaanderen.be/bbb/woordenlijst).

#### 4.9.2 *Systematiek, inhoud en reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet*

In deze paragraaf wordt ingegaan op de specifieke milieurechtelijke verplichtingen die het Vlaams Bodemdecreet oplegt in geval van een overdracht van grond en in geval van een bedrijfsovername

##### *Overdracht van (risico)gronden in de zin van het Vlaams Bodemdecreet*

Het Vlaams Bodemdecreet legt bodemonderzoeksverplichtingen en, indien dat nodig blijkt te zijn naar aanleiding van de uitkomsten van het bodemonderzoek, bodemsaneringsverplichtingen op in het geval van de overdracht van zogenaamde risicogronden. Een risicoground is een grond waarop een risico-inrichting is of was gevestigd (art. 2, onder 13, Vlaams Bodemdecreet).

De reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet in geval van overdracht van (risico)gronden wordt daarom mede bepaald door de reikwijdte van de term ‘overdracht van gronden’ in het Vlaams Bodemdecreet.<sup>195</sup> In het Vlaams Bodemdecreet is de term overdracht van gronden ruim gedefinieerd (zie art. 2, onder 18). Onder deze term wordt onder andere verstaan:

- (i) de overdracht van het eigendomsrecht op een grond;
- (ii) het vestigen van een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstalrecht op een grond, alsmede het onder de levenden beëindigen van deze gevestigde rechten;
- (iii) het aangaan of het beëindigen van een concessie op een grond;
- (iv) de overdracht van het eigendomsrecht op de grond of de beëindiging van een recht van vruchtgebruik, erfpacht, opstalrecht of concessie op een grond ingevolge de ontbinding van een rechtspersoon;
- (v) de overdracht onder de levenden van een recht van vruchtgebruik, erfpacht, opstalrecht of concessie op een grond;
- (vi) de fusie van rechtspersonen, de splitsing van rechtspersonen, en de met fusie of splitsing gelijkgestelde verrichtingen waarbij de rechtspersoon of de rechtspersonen waarvan het vermogen zal overgaan eigenaar is van grond of houder van een recht van vruchtgebruik, erfpacht, opstalrecht of concessie op een grond;
- (vii) de inbreng of de overdracht van een algemeenheid of een bedrijfstak, voor zover daartoe een eigendomsrecht, recht van vruchtgebruik, erfpacht, opstalrecht of concessie op een grond behoort.

De overeenkomsten betreffende de overdracht van gronden worden gedefinieerd in art. 2, onder 19, Vlaams Bodemdecreet. Voor het sluiten van een overeenkomst betreffende de overdracht van gronden (dus ook niet risicogronden) moet de overdrager of gemandateerde bij de OVAM een bodemattest (verklaring) aanvragen en

---

<sup>195</sup> Art. 2 onder 18 Vlaams Bodemdecreet.



de inhoud daarvan mededelen aan de verwerver (art. 101, par. 1, Vlaams Bodemdecreet). De onderhandse akte waarin de overdracht van de grond wordt vastgelegd, bevat de inhoud van het bodemattest (art. 101, par. 2, Vlaams Bodemdecreet).

In vergelijking met het oude Vlaams Bodemdecreet worden een aantal transacties onder het nieuwe Vlaams Bodemdecreet niet meer beschouwd als ‘een overdracht van grond’.

Het vestigen en beëindigen van bepaalde persoonlijke gebruiksrechten, zoals huur en bruikleen, vallen bijvoorbeeld niet meer onder de reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet.<sup>196</sup> Ook de overdracht van aandelen van een vennootschap valt trouwens niet onder een overdracht van grond als gedefinieerd in het Vlaams Bodemdecreet, dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld New Jersey’s ISRA of de Transfer Act toepasselijk in de staat Connecticut.

De regeling met betrekking tot bodemonderzoek en bodemsanering in geval van de overdracht van een risicogrond – dat is dus grond waarop een risico-inrichting is of was gevestigd – is verder uitgewerkt in de art. 102 e.v. van het Vlaams Bodemdecreet.

#### *De verplichting tot het uitvoeren van een oriënterend en verkennend bodemonderzoek*

In geval van de overdracht van een risicogrond<sup>197</sup> moet er niet alleen een bodemattest worden afgeleverd,<sup>198</sup> maar moet er tevens een oriënterend bodemonderzoek<sup>199</sup> worden uitgevoerd op initiatief en op kosten van de overdrager of de gemandateerde (art. 29 en art. 102 Vlaams Bodemdecreet).<sup>200</sup> Er zijn dus meerdere civielrechtelijke ‘gebeurtenissen’ die de verplichting tot het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek tot gevolg kunnen hebben (zie art. 2, onder 18 Vlaams Bodemdecreet). Ook in geval van sluiting van een risico-inrichting<sup>201</sup>

196 C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, ‘Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 296.

197 Art. 2 onder 14 Vlaams Bodemdecreet: “Risico-inrichtingen: fabrieken, werkplaatsen, opslagplaatsen, machines, installaties, toestellen en handelingen die een verhoogd risico op bodemverontreiniging kunnen inhouden en die voorkomen op een lijst die de Vlaamse Regering opstelt.”

198 Art. 101, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

199 Art. 102, par. 1, Vlaams Bodemdecreet: “Risicogronden kunnen slechts overgedragen worden als er vooraf een oriënterend bodemonderzoek werd uitgevoerd.” De resultaten van het oriënterend bodemonderzoek worden gemeld aan de OVAM (art. 103 Vlaams Bodemdecreet). Aan de OVAM zijn bepaalde belangrijke taken op grond van het Vlaams Bodemdecreet toebedeeld, zie bijvoorbeeld art. 5, art. 8, art. 12, art. 22, art. 23, art. 28, art. 37, art. 40, art. 45, art. 64, art. 68, art. 69, art. 70, art. 71, art. 72, art. 75, art. 79, art. 90, art. 99, art. 104, art. 123, art. 126 en art. 140 Vlaams Bodemdecreet.

200 Art. 2 onder 28, Vlaams Bodemdecreet: “Gemandateerde: diegene die op grond van een lastgeving of een gerechtelijke beslissing bevoegd is om handelingen te stellen met betrekking tot het onroerend vermogen van de aangewezen persoon.” Zie voor de overdracht van risicogronden ook de art. 141 – 148 Vlaams Bodemreglement.

201 Art. 2 onder 14, Vlaams Bodemdecreet. Zie voor een opsomming van de inrichtingen die worden aangeduid als risico-inrichting Bijlage 1 van het Vlaams Bodemreglement (Lijst van risico-inrichtingen).

moet de exploitant van die risico-inrichting het initiatief nemen tot het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek, en de kosten dienaangaande voor zijn rekening nemen (art. 32 Vlaams Bodemdecreet).<sup>202</sup> In geval van faillissement moet de faillissementscurator een oriënterend bodemonderzoek initiëren (art. 34 Vlaams Bodemdecreet).<sup>203</sup> In geval van vereffening van een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert, neemt de vereffenaar van die vennootschap het initiatief tot het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek.<sup>204</sup> Het oriënterend bodemonderzoek wordt uitgevoerd onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige (zie art. 28, par. 2, Vlaams Bodemdecreet) conform de standaardprocedure, vastgesteld door de Vlaamse Regering op voorstel van de OVAM.

Kortom, op grond van het Vlaams Bodemdecreet is er niet alleen een onderzoeksplicht in geval van een overdracht van een risicoground zoals gedefinieerd in het Vlaams Bodemdecreet, maar ook in geval van sluiting van een risico-inrichting, en in geval van een faillissement of een vereffening van een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert. Vervolgens moet er, indien uit het oriënterend bodemonderzoek blijkt dat er sprake is van bodemverontreiniging, een beschrijvend bodemonderzoek worden uitgevoerd om de ernst van de bodemverontreiniging vast te stellen. Ook een beschrijvend bodemonderzoek wordt onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige uitgevoerd conform de standaardprocedure vastgesteld door de Vlaamse Regering op voorstel van de OVAM.<sup>205</sup> De resultaten van zowel het oriënterende als het beschrijvende bodemonderzoek moeten via een verslag aan de OVAM bekend worden gemaakt.<sup>206</sup>

Daarna moet de OVAM zich uitspreken over de conformiteit van het onderzoek met de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet, en bepalen of de bodemverontreiniging als nieuwe dan wel als historische verontreiniging moet worden beschouwd,<sup>207</sup> en of de bodemverontreiniging al dan niet moet worden gesaneerd.<sup>208</sup> Het antwoord op de vraag of er sprake is van nieuwe dan wel van histo-

---

202 Zie ook de art. 151 en 152 van het Vlaams Bodemreglement.

203 Art. 34 Vlaams Bodemdecreet luidt: "In geval een handelaar of een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert failliet wordt verklaard, wordt op initiatief van de curator een oriënterend bodemonderzoek uitgevoerd op de gronden waar de gefailleerde de risico-inrichting exploiteerde."

204 Art. 35 Vlaams Bodemdecreet: "In geval een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert in vereffening wordt gesteld, wordt op initiatief van de vereffenaar een oriënterend bodemonderzoek uitgevoerd op de gronden waar de vennootschap in kwestie de risico-inrichting exploiteerde."

205 Art. 38, par. 1, Vlaams Bodemdecreet: "Een beschrijvend bodemonderzoek wordt uitgevoerd om de ernst van de bodemverontreiniging vast te stellen. Het beoogt een beschrijving te geven van de soort, de aard, de hoeveelheid, de concentratie, de oorsprong en de omvang van de verontreinigende stoffen of organismen, de mogelijkheid op verspreiding ervan en het gevaar op blootstelling eraan van mensen, planten en dieren en van het grond- en oppervlaktewater. Daarnaast kunnen in een beschrijvend bodemonderzoek gegevens worden opgenomen met betrekking tot de inschatting van het gevaar op blootstelling aan de bodemverontreiniging van mensen, planten en dieren en van het grond- en oppervlaktewater bij een potentieel andere bestemming."

206 Zie art. 28, par. 2, en art. 39 Vlaams Bodemdecreet.

207 Art. 2 onder 7: "historische bodemverontreiniging: bodemverontreiniging die tot stand gekomen is voor 29 oktober 1995."

208 Art. 40 – 46 Vlaams Bodemdecreet.

rische verontreiniging in de zin van het Vlaams Bodemdecreet, is van belang voor de beoordeling of er al dan niet sprake is van een saneringsplicht, zie daarover hierna.

### *De bodemsaneringsplicht*

Indien het uitvoeren van een bodemsanering volgens de OVAM noodzakelijk is, dient er een bodemsaneringsproject te worden opgesteld onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige conform de standaardprocedure, vastgesteld door de Vlaamse Regering op voorstel van de OVAM.<sup>209</sup> Dit bodemsaneringsproject moet worden goedgekeurd (conform verklaard) door de OVAM.<sup>210</sup> Vervolgens kan de daadwerkelijke bodemsanering (het Vlaams Bodemdecreet spreekt over bodemsaneringswerk)<sup>211</sup> een aanvang nemen, onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige conform de voorwaarden vermeld in het conformiteitsattest en de standaardprocedure, vastgesteld door de Vlaamse Regering op voorstel van de OVAM.<sup>212</sup> Ook het eindevaluatieonderzoek wordt uitgevoerd onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige.<sup>213</sup> De OVAM levert op basis van de resultaten van het eindevaluatieonderzoek een eindverklaring af.<sup>214</sup> De OVAM kan ook een nazorgverplichting opleggen, die moet worden uitgevoerd onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige.<sup>215</sup> De persoon die tot de nazorg moet overgaan, stelt op verzoek van de OVAM financiële zekerheden ter waarborging van zijn (toekomstige) verplichtingen om de nazorg uit te voeren.<sup>216</sup> Ook kan de OVAM gebruiks- en bestemmingsbeperkingen opleggen.<sup>217</sup>

### *Overdracht van risicogronden: vereisten*

Overdracht van een risicogrond kan in Vlaanderen dus niet zo maar plaatsvinden. Dat is alleen mogelijk indien er voorafgaand aan de overdracht een oriënterend bodemonderzoek wordt uitgevoerd (art. 102 Vlaams Bodemdecreet). Dit is ook één van de specifieke kenmerken van een transfer triggered environmental act. De overdracht moet door de overdrager of de gemandateerde worden gemeld aan de OVAM.<sup>218</sup>

209 Art. 47 Vlaams Bodemdecreet. Par. 1 van art. 47 luidt als volgt: “Een bodemsaneringsproject stelt de wijze vast waarop bodemsaneringswerken worden uitgevoerd en de eventuele nazorg wordt verzekerd.” Par. 2: “Een bodemsaneringsproject wordt opgesteld onder leiding van een bodemsaneringsdeskundige conform de standaardprocedure (...)”

210 Art. 50 Vlaams Bodemdecreet en art. 77 – 96 Vlaams Bodemreglement.

211 Art. 2, onder 22, Vlaams Bodemdecreet: “bodemsaneringswerken: werken ter uitvoering van een bodemsaneringsproject of van een beperkt bodemsaneringsproject.”

212 Art. 62 Vlaams Bodemdecreet.

213 Art. 67 Vlaams Bodemdecreet.

214 Art. 68 Vlaams Bodemdecreet.

215 Art. 71 Vlaams Bodemdecreet.

216 Art. 71, par. 3, Vlaams Bodemdecreet.

217 Art. 72 en art. 73 Vlaams Bodemdecreet.

218 Art. 103 Vlaams Bodemdecreet: “De overdrager of desgevallend de gemandateerde meldt aan de OVAM zijn bedoeling om tot de overdracht over te gaan. Op straffe van onontvankelijkheid voegt hij bij de melding een verslag van het oriënterend bodemonderzoek of een verslag van oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek (...)”

Het oriënterend bodemonderzoek<sup>219</sup> moet worden uitgevoerd op initiatief en op kosten van de overdrager of op kosten van de voor de overdracht van een risicogrond gemandateerde.<sup>220</sup> De bedoeling om tot de overdracht van een risicogrond in de zin van het Vlaams Bodemdecreet over te gaan moet door de overdrager of gemandateerde worden gemeld aan de OVAM. Daarbij moet de overdrager of gemandateerde op straffe van onontvankelijkheid bij de melding een verslag van het oriënterend bodemonderzoek of een verslag van het oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek voegen.<sup>221</sup> Ook het Vlaams Bodemdecreet is derhalve, net als ISRA en de Transfer Act, een wet die actie van de marktpartijen zelf verlangt: de partijen betrokken bij de overdracht moeten zelf de OVAM op de hoogte stellen van de overdracht in de zin van het Vlaams Bodemdecreet, en moeten zelf op dat moment (oriënterend) bodemonderzoek verrichten en de resultaten van dit onderzoek overleggen aan de OVAM. Vervolgens moet er, indien de OVAM daartoe aanmaant, door de overdrager of gemandateerde een beschrijvend bodemonderzoek worden uitgevoerd.<sup>222</sup>

Indien de OVAM op basis van het verslag van het beschrijvend bodemonderzoek, het verslag van het oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek of het grondeininformatieregister van oordeel is dat de geldende bodemsaneringsnormen zijn overschreden of dreigen te worden overschreden, kan de overdracht van een risicogrond niet plaatsvinden voordat de overdrager of gemandateerde (a) een (beperkt) bodemsaneringsproject heeft opgesteld en daarvoor een conformiteitsattest is afgeleverd, (b) jegens de OVAM de verbintenis is aangegaan de verdere bodemsanering en de eventuele nazorg uit te voeren en (c) financiële zekerheden heeft gesteld ter waarborging van de uitvoering van de verbintenis.<sup>223</sup>

Ook in het geval er sprake is van historische bodemverontreiniging<sup>224</sup> kan de overdrager of de gemandateerde voor de overdracht van de risicogrond door de OVAM worden aangemaand tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek, het opstellen van een bodemsaneringsproject, en het stellen van financiële zekerheden ter waarborging van de uitvoering van de verbintenis die hij met de OVAM is aangegaan met betrekking tot de bodemsanering en de eventuele nazorgplicht.<sup>225</sup>

Daarnaast is er een, met name ten behoeve van de overnamepraktijk bedoelde, versnelde overdrachtsprocedure in het Vlaams Bodemdecreet opgenomen (zie art. 115 Vlaams Bodemdecreet).<sup>226</sup>

---

219 Nadere regels met betrekking tot het oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek worden gegeven in art. 55 – 76 van het Vlaams Bodemreglement.

220 Art. 102 Vlaams Bodemdecreet.

221 Art. 103 Vlaams Bodemdecreet.

222 Art. 104, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

223 Art. 104, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

224 Dit is bodemverontreiniging ontstaan voor 29 oktober 1995, dat wil zeggen voor de datum dat het Vlaams Bodemdecreet in werking trad, zie art. 2, onder 7, Vlaams Bodemdecreet.

225 Art. 109 Vlaams Bodemdecreet.

226 Zie daarover ook: C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, 'Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?', *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 296.

Ook de verwerver, een persoon die beschikt over een rechtsgeldige titel, of een derde, kan de uitvoering van de saneringsplicht vervullen, mits toestemming van de overdrager is verkregen (art. 114 Vlaams Bodemdecreet en art. 147 Vlaams Bodemreglement). Deze overname van de uitvoering van de verplichting om tot overdracht van een risicoground over te kunnen gaan, moet in een overeenkomst worden vastgelegd. Een kopie van deze overeenkomst moet aan de OVAM worden toegezonden. In de overeenkomst kunnen de overdrager of gemandateerde en de verwerver (of de persoon die beschikt over een rechtsgeldige titel of een derde) aangeven welke verplichtingen precies zullen worden overgenomen. Zie daarover ook de handleiding Overdrachten in het kader van het Bodemdecreet 2006 van de OVAM, p. 87-88.

Er zijn ook een aantal vrijstellingen van de saneringsplicht opgenomen in het Vlaams Bodemdecreet, zie art. 105 jo. art. 12 (ten aanzien van nieuwe bodemverontreiniging) en art. 110 jo. 23 (ten aanzien van historische bodemverontreiniging) van het Vlaams Bodemdecreet. Deze vrijstellingsbepalingen in geval van overdracht van een risicoground luiden als volgt:

Art. 105

Par. 1. De overdrager of desgevallend de gemandateerde is niet verplicht om op de aanmaning tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek in te gaan of de vereisten, vermeld in artikel 104, par. 2, na te leven, als de OVAM op basis van het dossier van de grond of op basis van het gemotiveerd standpunt van de overdrager of desgevallend de gemandateerde van oordeel is dat aan een van de volgende elementen is voldaan:

1. de bodemverontreiniging is niet op de over te dragen grond tot stand gekomen;
2. de overdrager voldoet cumulatief aan de voorwaarden, vermeld in artikel 12, par. 1, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van gebruiker;
3. de overdrager voldoet cumulatief aan de voorwaarden, vermeld in artikel 12, par. 2, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van eigenaar;
4. de exploitant of gebruiker die op de over te dragen grond aanwezig is, voldoet niet aan de voorwaarden, vermeld in artikel 12, par. 1, en de bodemverontreiniging is volledig tot stand gekomen tijdens de periode dat de exploitant de grond in exploitatie of de gebruiker de grond in gebruik had, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van eigenaar.

Par. 2. In afwijking van de bepalingen van par. 1 is de overdrager alsnog verplicht het beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren of de verplichtingen, vermeld in artikel 104, par. 2, na te leven als de OVAM een van de volgende elementen aantoon:

1. een rechtsvoorganger van de overdrager heeft de bodemverontreiniging veroorzaakt;
2. de bodemverontreiniging is tot stand gekomen tijdens de periode dat een rechtsvoorganger van de overdrager de grond in exploitatie, in gebruik of in eigendom had.

(...)

Art. 110

Par. 1. De overdrager of in voorkomend geval de gemandateerde is niet verplicht om op de aanmaning tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek in te gaan of de vereisten, vermeld in artikel 109, par. 2, na te leven, als de OVAM op basis van het dossier van de grond of op basis van het gemotiveerd standpunt van de overdrager of desgevallend de gemandateerde van oordeel is dat aan een van de volgende elementen is voldaan:

1. de bodemverontreiniging is niet op de over te dragen grond tot stand gekomen;
2. de overdrager voldoet cumulatief aan de voorwaarden, vermeld in artikel 23, par. 1, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van gebruiker;
3. de overdrager voldoet cumulatief aan de voorwaarden, vermeld in artikel 23, par. 2, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van eigenaar;
4. de exploitant of gebruiker die op de over te dragen grond aanwezig is, voldoet niet aan de voorwaarden, vermeld in artikel 23, par. 1, en de bodemverontreiniging is volledig tot stand gekomen tijdens de periode dat de exploitant de grond in exploitatie of de gebruiker de grond in gebruik had, als het gaat om een overdrager die de hoedanigheid heeft van eigenaar.

Par. 2. In afwijking van de bepalingen van par. 1 is de overdrager alsnog verplicht het beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren of de verplichtingen, vermeld in artikel 109, par. 2, na te leven als de OVAM een van de volgende elementen aantoont:

1. en rechtsvoorganger van de overdrager heeft de bodemverontreiniging veroorzaakt;
2. de bodemverontreiniging is tot stand gekomen tijdens de periode dat een rechtsvoorganger van de overdrager de grond in exploitatie, in gebruik of in eigendom had.

Art. 12 (nieuwe bodemverontreiniging) respectievelijk art. 23 (historische bodemverontreiniging) van het Vlaams Bodemdecreet bevatten belangrijke vrijstellings- of disculpatiegronden, enigszins vergelijkbaar met de cumulatieve vrijstellings- of disculpatiegronden vermeld in art. 46 Wbb (ten aanzien van het bodemsaneringsbevel op te leggen aan de eigenaar of erfpachter van de grond, niet zijnde de veroorzaker). Deze vrijstellingsgronden beperken de reikwijdte van de saneringsplicht, ook in geval van overdracht, in belangrijke mate. Op deze vrijstellingsgronden van art. 12 respectievelijk art. 23 van het Vlaams Bodemdecreet wordt hierna ingegaan.

#### *Overdracht van niet-risicogronden*

In geval van de overdracht van niet-risicogronden geldt een minder vergaande regeling (art. 101 Vlaams Bodemdecreet). Indien een overeenkomst betreffende de overdracht van grond (niet zijnde een risicogrond) wordt gesloten, moet de overdrager of gemandateerde bij de OVAM een bodemattest<sup>227</sup> aanvragen, en de inhoud daarvan meedelen aan de verwerver.<sup>228</sup> De inhoud van de bodemattest moet ook worden opgenomen in de onderhandse akte waarin de overdracht van de grond wordt vastgelegd.<sup>229</sup>

---

227 Art. 5, par. 3, Vlaams Bodemdecreet: "Het bodemattest vermeldt de identificatie van de grond en geeft een overzicht van de informatie die over de grond beschikbaar is in het grondeninformatieregister."

228 Art. 101, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

229 Art. 101, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

*Diegene die verplicht kan worden tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek of van een bodemsanering*

De groep potentieel aan te spreken bodemsaneringsplichtigen is onder het Vlaams Bodemdecreet ruim te noemen. Dit kunnen zijn de exploitant van een inrichting gevestigd op de grond die is verontreinigd, vervolgens de gebruiker van de grond waar de bodemverontreiniging tot stand kwam, en uiteindelijk de eigenaar van de verontreinigde grond.<sup>230</sup> Nadere regels ten aanzien van de bodemsanering worden gegeven in het Vlaams Bodemreglement.<sup>231</sup>

In geval van de overdracht van een risicoground, rusten de plicht tot bodemonderzoek en de mogelijke plicht tot bodemsanering op de overdrager of gemandateerde.<sup>232</sup> Om de overdracht te vergemakkelijken bepaalt art. 147 van het Vlaams Bodemreglement dat de verplichtingen om een oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek en, indien noodzakelijk, om een bodemsanering uit te voeren (art. 102 – 113 Vlaams Bodemdecreet) voordat een risicoground wordt overgedragen, kunnen worden overgenomen door de verwerver, een persoon die beschikt over een rechtsgeldige titel om de overdracht te doen uitvoeren, of een derde.<sup>233</sup>

*Faillissement en vereffening*

In geval van faillissement moet de faillissementscurator het initiatief nemen tot het uitvoeren van een oriënterend bodemonderzoek op de grond(en) waar de gefailleerde de risico-inrichting exploiteerde.<sup>234</sup> In geval van vereffening van een vennootschap die een risico-inrichting exploiteert, rust deze plicht op de vereffenaar.<sup>235</sup>

Een curator is geen saneringsplichtige op grond van het Vlaams Bodemdecreet (zie art. 11). Echter, indien hij de grond waarop de gefailleerde een eigendomsrecht of gebruiksrecht heeft overdraagt, treedt hij op voor de gefailleerde en moet hij de verplichtingen met betrekking tot de overdracht van de grond zoals vastgelegd in het Vlaams Bodemdecreet naleven. De onderzoeks- en saneringskosten zijn in dat geval aan te merken als boedelschuld, evenals de eventuele bodemsaneringskosten ambtshalve gemaakt door de OVAM.<sup>236</sup>

230 Art. 11 jo. art. 9 (nieuwe bodemverontreiniging) en art. 22 jo. art. 19 (historische bodemverontreiniging) Vlaams Bodemdecreet.

231 Art. 77 – 104 Vlaams Bodemreglement.

232 Art. 103, 104 en 109 Vlaams Bodemdecreet. Zie wat betreft de melding van de overdracht van een risicoground betreft art. 141 Vlaams Bodemreglement.

233 Art. 147 Vlaams Bodemreglement: “De verplichtingen die krachtens artikel 102 tot en met 113 van het Bodemdecreet moeten worden vervuld voordat tot overdracht van een risicoground kan worden overgegaan, kunnen worden overgenomen door de volgende personen: 1. de verwerver. (...); 2. een persoon die beschikt over een rechtsgeldige titel om de overdracht te doen uitvoeren (...); 3. een derde. (...).”

234 Art. 34 en art. 123, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

235 Art. 35 en art. 123, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

236 Vergelijk P. de Smedt, ‘De implicaties van het Vlaams Bodemdecreet op het beheer en de vereffening van het faillissement: van nu en straks’, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2006, p. 529-544.

*Vrijstellingen van het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek en de saneringsplicht*

Er zijn, zoals hiervoor reeds werd gemeld, een aantal algemene vrijstellingen ten aanzien van de plicht tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek en een bodemsanering in het Vlaams Bodemdecreet opgenomen, welke over kunnen gaan op de verwerver van het recht op de grond. Deze vrijstellingen beperken derhalve de reikwijdte van de bodemonderzoeks- en bodemsaneringsplicht. Ook de rol van de rechtsvoorganger is daarbij van belang. Aangezien deze vrijstellingen dus mede van belang kunnen zijn in geval van een overdracht, volgt hier een kort overzicht van deze algemene (niet specifiek aan de overdracht gekoppelde) vrijstellingen.<sup>237</sup>

Ten aanzien van nieuwe bodemverontreiniging<sup>238</sup> bepaalt art. 12 van het Vlaams Bodemdecreet<sup>239</sup> dat de exploitant of de gebruiker – niet zijnde de eigenaar – niet verplicht is om een beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren, indien hij cumulatief voldoet aan twee voorwaarden:

- (a) hij heeft de bodemverontreiniging niet zelf veroorzaakt, en
- (b) de bodemverontreiniging is tot stand gekomen voor het tijdstip waarop hij de grond in exploitatie, respectievelijk in gebruik heeft genomen.

Een eigenaar moet voldoen aan vier cumulatieve voorwaarden:

- (a) hij heeft de bodemverontreiniging niet zelf veroorzaakt;
- (b) de bodemverontreiniging is tot stand gekomen voor het tijdstip waarop hij eigenaar werd van de grond;
- (c) hij was niet op de hoogte en behoorde niet op de hoogte te zijn van de bodemverontreiniging op het ogenblik dat hij eigenaar van de grond werd;<sup>240</sup> en
- (d) er was sinds 1 januari 1993 geen risico-inrichting op de grond gevestigd.

237 In art. 105 (nieuwe bodemverontreiniging) respectievelijk art. 110 (historische bodemverontreiniging) Vlaams Bodemdecreet wordt verwezen naar deze vrijstellingsgrond van respectievelijk art. 12 en art. 23 Vlaams Bodemdecreet.

238 Dus bodemverontreiniging die is ontstaan na 28 oktober 1995, zie art. 2, onder 6, Vlaams Bodemdecreet. Zie over dit onderscheid ook Belgische Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak, 15 juli 2008, arrest nr. 185.404, zaaknr. A. 113.283/VII-25.123, r.o. 2.1.3.

239 Zie ook art. 51 Vlaams Bodemreglement.

240 De voorwaarden ten aanzien van dit op de hoogte zijn of behoren te zijn van art. 12, par. 2, en art. 23, par. 2, Vlaams Bodemdecreet, zijn verder uitgewerkt in art. 50 Vlaams Bodemreglement. Rekening wordt gehouden met de volgende elementen: het tijdstip van de verwerving, vermeldingen of aanwijzingen in de aankoopakte, de hoedanigheid van de eigenaar, de ervaring of beroepskennis van de eigenaar, de aard, de zintuiglijke waarneming of de algemene bekendheid van de bodemverontreiniging, de aard van de inrichting die aanleiding heeft gegeven tot de bodemverontreiniging, de toestand van en de voorkennis over de verontreinigde grond, de beschikbare documenten met betrekking tot de verontreinigde grond. Zie bijvoorbeeld ook: Belgische Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak, 22 mei 2008, arrest nr. 183.261, zaaknr. A. 110.310/VII-24.588, r.o. 2.2.1, 6 maart 2008, arrest nr. 180.546, zaaknr. A. 144.260/VII-31.089 en 7 februari 2008, arrest nr. 179.345, zaaknr. A. 109.542/VII-24.379, r.o. 2.5.



De exploitant, gebruiker of eigenaar kan alsnog worden verplicht tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek of een bodemsanering, indien de OVAM aantoonbaar dat een rechtsvoorganger<sup>241</sup> van de exploitant, gebruiker of eigenaar de bodemverontreiniging heeft veroorzaakt, of dat de bodemverontreiniging tot stand is gekomen tijdens de periode dat de rechtsvoorganger de grond in exploitatie, gebruik of eigendom had.<sup>242</sup>

Ten aanzien van historische bodemverontreiniging geldt ook een vrijstelling van het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek of de bodemsaneringsplicht. De voorwaarden komen grotendeels overeen met de voorwaarden voor vrijstelling met betrekking tot nieuwe bodemverontreiniging. De exploitant of gebruiker – niet zijnde de eigenaar – moet dan cumulatief aan de volgende twee voorwaarden voldoen:

- (a) hij heeft de bodemverontreiniging niet zelf veroorzaakt; en
- (b) de bodemverontreiniging is tot stand gekomen voor het moment dat hij de grond in exploitatie of in gebruik heeft genomen.<sup>243</sup>

De eigenaar is niet verplicht een beschrijvend bodemonderzoek of een bodemsanering uit te voeren in geval van historische bodemverontreiniging, indien hij cumulatief aan de volgende voorwaarden voldoet:

- (a) hij heeft de bodemsanering niet zelf veroorzaakt;
- (b) de bodemverontreiniging tot stand is gekomen voor het tijdstip waarop hij eigenaar van de grond werd;
- (c) hij was niet op de hoogte en behoorde niet op de hoogte te zijn van de bodemverontreiniging op het ogenblik dat hij eigenaar van de grond werd.<sup>244</sup>

Indien de eigenaar de verontreinigde grond voor 1 januari 1993 heeft verworven en heeft aangewend voor particulier gebruik en de verontreiniging niet zelf heeft veroorzaakt, maar wel op de hoogte was of had behoren te zijn van de bodemverontreiniging, is hij niet verplicht een beschrijvend bodemonderzoek of een bodemsanering uit te voeren.<sup>245</sup> In het geval de rechtsvoorganger van de exploitant, gebruiker of eigenaar van de grond de bodemverontreiniging heeft veroorzaakt, geldt dezelfde bepaling als ten aanzien van nieuwe bodemverontreiniging, zie art. 23, par. 3 Vlaams Bodemdecreet.

---

241 Art. 2 onder 27, Vlaams Bodemdecreet: “rechtsvoorganger: rechtspersoon die rechtstreeks of onrechtstreeks verbonden is met een andere rechtspersoon door wettelijke rechtsopvolging, via fusie, splitsing, met fusie of splitsing gelijkgestelde verrichtingen, inbreng of overdracht van een algemeenschap, inbreng of overdracht van een bedrijf, of enige gelijkaardige rechtsfiguur.”

242 Art. 12, par. 3, Vlaams Bodemdecreet.

243 Art. 23, par. 1, Vlaams Bodemdecreet. Zie ook art. 52 Vlaams Bodemreglement.

244 Zie voor deze voorwaarden ook art. 50 Vlaams Bodemreglement.

245 Art. 23, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

Het Vlaams Bodemreglement geeft nog een extra regel in geval van overdracht. In geval van overdracht van de grond gaat de vrijstelling van de verplichting om een beschrijvend bodemonderzoek en een bodemsanering uit te voeren onder omstandigheden over op de verwerver. Zie de art. 53-54 Vlaams Bodemreglement, luidende:

“Art. 53. Als de persoon die de grond overdraagt voor een bepaalde bodemverontreiniging krachtens artikel 12 of 23 van het Bodemdecreet vrijstelling van de verplichting tot het uitvoeren van het beschrijvend bodemonderzoek en de bodemsanering heeft verkregen, gaat die vrijstelling op het moment van verwerving van de grond van rechtswege over op de verwerver als voldaan is aan de drie volgende voorwaarden:

1. de verwerver of zijn rechtsvoorganger heeft de bodemverontreiniging niet zelf veroorzaakt;
2. de verontreiniging is niet tot stand gekomen tijdens een periode dat de verwerver of zijn rechtsvoorganger eigendoms- of gebruiksrechten op de grond had;
3. de verwerver heeft op het moment dat de grond wordt overgedragen geen eigendomsrechten op de grond.

Art. 54. De vrijstelling van de verplichting om het beschrijvend bodemonderzoek en de bodemsanering uit te voeren die krachtens artikel 53 op de verwerver is overgegaan, vervalt van rechtswege wanneer de aanwezige bodemverontreiniging die in de conformverklaring van het oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek of van het beschrijvend bodemonderzoek, of in de eindverklaring werd gekwalificeerd als geen ernstige bodemverontreiniging, opnieuw een risico oplevert of kan opleveren tot nadelige beïnvloeding van mens of milieu door een wijziging van de kenmerken, functies of eigenschappen van de bodem.”

Eenzelfde regeling geldt in geval van de overdracht van een risicoground, zie art. 145 – 146 van het Vlaams Bodemreglement.

#### *Juridische gevolgen in geval van het niet naleven van de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet*

Indien de overdracht heeft plaatsgevonden in strijd met de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet, kan de verwerver de nietigheid vorderen van de overdracht.<sup>246</sup> De nietigheid van de overdracht van een grond kan niet worden ingeroepen door de verwerver indien (1) de verwerver in het bezit is gesteld van het meest recent afgeleverde bodemattest of van een bodemattest waarvan de inhoud identiek is aan de inhoud van de meest recent afgeleverde bodemattest, én (2) de verwerver zijn verzaking aan (afstand van) de nietigheidsvordering uitdrukkelijk in een authentieke akte laat vaststellen.<sup>247</sup>

Indien het de overdracht van een risicoground betreft, kan de verwerver eveneens de nietigheid vorderen van een overdracht die plaatsvond in strijd met de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet. De nietigheid kan niet meer worden ingeroe-

---

<sup>246</sup> Art. 116 Vlaams Bodemdecreet.

<sup>247</sup> Art. 116, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

pen indien cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden: (1) de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet worden alsnog nageleefd (de art. 102 – 115 Vlaams Bodemdecreet), en (2) de verwerver laat zijn verzaking aan de nietigheidsvordering uitdrukkelijk in een authentieke akte opnemen.<sup>248</sup> In geval van een overdracht van een risicoground in strijd met de bepalingen van het Vlaams Bodemdecreet, is deze overdracht niet tegenstelbaar jegens de OVAM.<sup>249</sup>

Ook een afstand van het eigendomsrecht of van de andere zakelijk rechten zoals vermeld in artikel 2, onder 18 van het Vlaams Bodemdecreet, op de grond, ontslaat de houder van het zakelijk recht niet van de verplichting tot het uitvoeren van een beschrijvend onderzoek en een bodemsanering zoals bepaald krachtens het Vlaams Bodemdecreet.<sup>250</sup>

*Financiële zekerheid ten behoeve van de uit te voeren bodemsaneringswerkzaamheden en de eventuele nazorg dienaangaande*

Regels ten aanzien van de in geval van een overdracht van een risicoground te stellen financiële zekerheid ter waarborging van verdere bodemsanering en eventuele nazorg (art. 104, par. 2, onder 3, en art. 109, par. 2, onder 3 Vlaams Bodemdecreet), worden gegeven in het Vlaams Bodemreglement (art. 8 – 12). De financiële zekerheid bestaat uit een onherroepelijke garantie van bepaalde kredietinstellingen (een bankgarantie) of verzekeringsondernemingen, dan wel uit een verpande rekening van een dergelijke kredietinstelling. De OVAM kan ook een andere vormen van financiële zekerheid aanvaarden, indien is aangetoond dat die vorm van financiële zekerheid voldoende garantie geeft.

*Erkenning als bodemsaneringsdeskundige*

Het Vlaams Bodemdecreet kent een met de hiervoor besproken LEP (Transfer Act, Connecticut) vergelijkbare deskundige: een onafhankelijke bodemsaneringsdeskundige erkend door de Vlaamse Regering.<sup>251</sup> Zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon kan als bodemsaneringsdeskundige worden erkend. De OVAM is van rechtswege erkend als bodemsaneringsdeskundige.<sup>252</sup> De voorwaarden en de procedure tot erkenning, schorsing en opheffing van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige zijn vastgelegd in hoofdstuk 2 (art. 27 – 46) van het Vlaams Bodemreglement.<sup>253</sup> De Vlaamse minister voor het Leefmilieu en het Waterbeleid neemt een beslissing over de erkenning als bodemsaneringsdeskundige.<sup>254</sup> Een natuurlijk persoon is niet bevoegd om alle handelingen als bodemsaneringsdes-

248 Art. 116, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

249 Art. 116, par. 3, Vlaams Bodemdecreet.

250 Art. 118 Vlaams Bodemdecreet.

251 Art. 2, onder 30 en art. 8 Vlaams Bodemdecreet.

252 Art. 8, par. 1, Vlaams Bodemdecreet.

253 Op grond van art. 8, par. 2, Vlaams Bodemdecreet.

254 Art. 35, onder 4, Vlaams Bodemreglement.

kundige te verrichten, een rechtspersoon die als ‘type 2 bodemsaneringsdeskundige’ is aangemerkt wel.<sup>255</sup> De bevoegdheden van, met name, de rechtspersoon als bodemsaneringsdeskundige zijn omvangrijk te noemen. Daaronder vallen bijvoorbeeld het leiden van de uitvoering van een oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek, het leiden van de uitvoering van bodemsaneringswerken, het leiden van het voorstel van gebruiks- en bestemmingsbeperkingen, en het opmaken van een individueel bodempreventie- en bodembeheersplan.<sup>256</sup>

De bodemsaneringsdeskundige moet aan bepaalde voorwaarden voldoen, en er is een aparte procedure tot erkenning als bodemsaneringsdeskundige.<sup>257</sup> Zie over de mogelijke voor- en nadelen van de invoering van een gecertificeerde milieudeskundige in Nederland of in de Europese Unie par. 5.3.7.

4.9.3 *Tussenconclusie: Vlaanderen kent via het Vlaams Bodemdecreet sinds 1995 een met de Amerikaanse transfer triggered environmental acts vergelijkbare wettelijke bodemonderzoeks- en bodemsaneringsregeling*

Ook in Vlaanderen is een uitgebreide regeling met betrekking tot de overdracht van (potentieel) verontreinigde grond toepasselijk, vergelijkbaar met de transfer triggered environmental acts ingevoerd in enkele Amerikaanse staten gedurende de jaren '80 van de twintigste eeuw. Het Vlaams Bodemdecreet is eveneens sinds zijn invoering in 1995 meerdere keren gewijzigd naar aanleiding van negatieve ervaringen in de praktijk. Belangrijke wijzigingen van het Vlaams Bodemdecreet hebben plaatsgevonden in 2006, welke wijzigingen per 1 juni 2008 ook daadwerkelijk van kracht zijn geworden. Ook in het Vlaams Bodemdecreet en in het daarbij horende uitvoeringsbesluit (het Vlaams Bodemreglement) worden begrippen als overdracht van grond uitgebreid geformuleerd, en worden de bodemonderzoeken en bodemsaneringen uitgevoerd onder leiding van een door de overheid erkende bodemsaneringsdeskundige. De Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (OVAM) heeft op grond van het Vlaams Bodemdecreet en het Vlaams Bodemreglement belangrijke bevoegdheden toegewezen gekregen. De regeling kent echter wel een aantal belangrijke vrijstellings- of disculpatiegronden, enigszins vergelijkbaar met de disculpatiegronden van art. 46 Wbb (bodemsaneringsbevel voor de eigenaar of erfpachter, niet veroorzaker). Deze vrijstellingsgronden beperken de reikwijdte van het Vlaams Bodemdecreet.

---

<sup>255</sup> Zie de art. 27 – 31 Vlaams Bodemreglement.

<sup>256</sup> Art. 29 Vlaams Bodemreglement.

<sup>257</sup> Art. 30 – 36 Vlaams Bodemreglement.

#### 4.10 Analyse van de transfer triggered environmental acts zoals thans geldig in enkele staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen

##### 4.10.1 Algemeen

Het unieke van transfer triggered milieuwetgeving is het samenvoegen of integreren van civielrechtelijke aspecten met betrekking tot de overdracht van industriële grond en bedrijfsovernames met bepaalde milieurechtelijke verplichtingen in één wettelijke regeling. Daarin schuilt ook gelijk het gevaar van een transfer triggered environmental act. In bepaalde vorm – bijvoorbeeld de oorspronkelijk in 1983 in de staat New Jersey ingevoerde ECRA – is een transfer triggered milieuwet als een belasting voor het bedrijfsleven te beschouwen, en kan zij tot verwar- ring en vertragingen in de (overname)praktijk leiden. In de staat New Jersey is er gedurende de jaren '80, begin jaren '90 van de twintigste eeuw, dan ook veel kri- tiek geuit op ECRA. Deze kritiek is in par. 4.4.1.2 weergegeven: ECRA was té rig- ide voor de praktijk, werkte vertragend omdat het NJDEP haar taken voortvloei- ende uit ECRA niet aan kon, en creëerde vanwege de stigmatiserende werking onverkoopbare bedrijfsterreinen binnen de staat New Jersey, tegenwoordig in de Verenigde Staten en daarbuiten vaak als zogenaamde brownfields aangeduid.

Deze kritiek op ECRA was volgens velen terecht,<sup>258</sup> en de wetgever in de staat New Jersey heeft ECRA uiteindelijk in 1993 gewijzigd (sindsdien heet de wet ISRA), en de wet meer toegesneden op de praktijk en haar inhoudelijk vergaand verduidelijkt. Eenzelfde tendens is waarneembaar geweest in de Amerikaans staat Connecticut. Ook daar is de desbetreffende wetgeving, de Transfer Act, ingevoerd in 1985, in de loop der jaren gewijzigd naar aanleiding van negatieve ervaringen met de uitvoering van deze wet in de praktijk. Hetzelfde kan worden gezegd van het oorspronkelijk in 1995 ingevoerde Vlaams Bodemdecreet, op belangrijke pun- ten gewijzigd in 2006 maar ook enkele keren daarvoor, en het daarbij behorende Vlaams Bodemreglement, eveneens recentelijk gewijzigd. Van dergelijke ervarin- gen kunnen andere wetgevers die voornemens zijn soortgelijke wetgeving te intro- duceren in hun land profijt doen.

258 Zie bijvoorbeeld G. Battista, 'The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey', 8 *Seton Hall Legislative Journal* 331, 1985, p. 331-370, D.B. Farer, 'ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law', *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 113-147, I.L. Motiuk en D.J. Sheridan, 'New Jersey's ECRA: Problems, Policies, Future Trends', *Toxics Law Reporter*, May 23, 1990, p. 1459-1469, B.F. Whitman, *Superfund law and practice, A handbook on the Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act and Cleanup Laws of New Jersey*, Philadelphia: American Law Institute- American Bar Association, Committee on continuing professional education, 1991, p. 263-274, M.K. Dowd, 'New Jersey's reform of contaminated site remediation', 18 *Seton Hall Legislative Journal* 207, 1993 en D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, 1996, p. 51-80.

4.10.2 *Is een transfer triggered environmental act per definitie ongunstig voor het bedrijfsleven?*

Maakt dit de systematiek, en de achterliggende gedachte, van dergelijke wetgeving dan ook per definitie ‘bedrijfsleven onvriendelijk’? Mijn antwoord daarop is: de voor- en nadelen van dergelijke wetgeving in beschouwing nemende, hoeft dergelijke wetgeving – mits duidelijk geformuleerd – niet bedrijfsleven onvriendelijk te zijn. Deze stelling behoeft nadere toelichting.

- a. Ten eerste, het is al eerder opgemerkt, staat tegenover het nadeel van de verkoper die wordt verplicht tot bodemonderzoek en soms tot bodemsanering in geval van een bedrijfsovername, het voordeel van bescherming van de (potentiële) koper. Afhankelijk van de marktpositie, kan de partij die wordt geconfronteerd met een transfer triggered milieuwet de ene keer worden ‘benadeeld’ door deze wetgeving (als verkoper/rechtsvoorganger), en de andere keer worden ‘bevoordeeld’ door diezelfde wetgeving (als koper/rechtsopvolger). Zeker in een maatschappij als de onze waarin bedrijfsovernames tegenwoordig – in vergelijking met enige decennia geleden – zo frequent voorkomen, is dit een belangrijk aspect. Ik heb de woorden benadeeld en bevoordeeld hier tussen haakjes geplaatst aangezien, afhankelijk van de inhoud van de desbetreffende wetgeving en de perceptie van de marktpartijen, de situatie anders kan liggen. Dat brengt mij bij het volgende punt.
- b. Vervolgens komt er namelijk een ander aspect naar voren: een transfer triggered milieuwet geeft, mits goed geformuleerd, de door marktpartijen vaak gewenste juridische duidelijkheid ten aanzien van de vraag wanneer de bodem moet worden onderzocht en gesaneerd, en zo ja, in welke omvang.<sup>259</sup> Tegenover het ‘nadeel’ vanwege de verplichtingen van de verkoper die uit dergelijke wetgeving voortvloeit, staat dus een toename van de duidelijkheid omtrent de wettelijke verplichtingen die op een bepaald moment op een partij komen te rusten. De omvang van de bodemverontreiniging móet op het moment van (bedrijfs)overdracht zoals omschreven in de transfer triggered milieuwet immers inzichtelijk worden gemaakt, waarbij het niet ondenkbaar is dat er uiteindelijk geen daling van de koopprijs plaatsvindt. Een daling die bij blijvende onduidelijkheid misschien wél had plaatsgevonden. Dit aspect, prijsvorming op de onroerend goed markt, ligt eigenlijk buiten het bereik van dit juridisch georiënteerde onderzoek, maar is in de dagelijkse (overname)praktijk uiteraard van groot belang. Het aspect van prijsvorming komt hierna nog kort ter sprake in par. 5.2.1.

---

259 Juridische duidelijkheid is voor contracterende partijen van belang. Dit bleek mede uit de gesprekken gevoerd met taxateur G.G.M. ten Have, directeur bij Boer Hartog Hooft Consultancy B.V. ONCOR International, op 18 augustus 2006 te Amsterdam, en David Farer, partner/advocaat bij het advocatenkantoor Farer Fersko, op 18 oktober 2006 te Westfield, New Jersey, Verenigde Staten.

- c. De systematiek van een transfer triggered milieuwet kan vervolgens verder worden verfijnd door de contractspartijen zélf een bepaalde flexibiliteit te geven ten aanzien van de vraag wie welke bodemonderzoekskosten en saneringswerkzaamheden en saneringskosten voor zijn rekening neemt. New Jersey's ISRA en de Transfer Act toepasselijk in de staat Connecticut scheppen tegenwoordig al mogelijkheden dienaangaande. De wetgeving behoudt dan wel haar kopers-beschermende uitgangspunt. De koper/rechtsopvolger krijgt immers informatie met betrekking tot de milieu(rechtelijke) status van het bedrijfsterrein dat zij koopt, en verkrijgt na uitvoering van de saneringswerkzaamheden een aan de vereisten van de wet voldoende schone grond. Voor het overige kunnen de contractspartijen zelf contractueel afspraken maken (wie saneert de grond, wie betaalt wat?), hetgeen betekent dat de contractspartijen niet alleen hun contractsvrijheid behouden, maar ook worden gestimuleerd om tot contractuele oplossingen te komen. Zie over contractuele aspecten met betrekking tot milieuverontreiniging in meer algemene zin hoofdstuk 7.
- d. Een gunstig effect van een transfer triggered milieuwet is dat er na verloop van tijd veel informatie beschikbaar komt ten aanzien van de bedrijfsterreinen die het onderzoeks- en saneringstraject van de transfer triggered milieuwet hebben doorlopen. *Nucciarone* merkt over dit effect wat betreft New Jersey's ISRA het volgende op:

“As more and more properties in New Jersey undergo the ISRA approval process, the history and data base which accompany transferred property become more valuable. Today, many purchasers are able to review a full site history that was compiled as part of the initial ISRA application, as well as considerable data resulting from analyses of soil, groundwater and other samplings and often the results of a post-cleanup round of sampling data. The information, which must be updated with each subsequent ISRA-triggering transfer, is of valuable assistance to the wary purchaser who wishes to minimize post-transaction risks.”<sup>260</sup>

Tevens betekent extra informatie op dit punt soms ook dat het financieren van transacties gemakkelijker wordt, omdat kredietverschaffer, zoals banken, dan beter de waarde van de onroerende zaken die worden overgedragen kunnen vaststellen.

- e. Er vindt geen typisch ‘command and control’ plaats. Het plaatsvinden van de transactie doet de wet immers automatisch toepasselijk zijn. Het lokale bevoegd gezag hoeft geen apart besluit, en dus ook geen aparte belangenafweging, dienaangaande te nemen. Contractspartijen zullen zelf bewust moeten zijn van het probleem en de toepasselijke transfer triggered milieuwetgeving, en actie dienaangaande moeten ondernemen. *Gerrard* merkt hierover op:

---

<sup>260</sup> A.P. Nucciarone, ‘Real Property Transfers and Brownfields Development’, in: M.B. Gerrard (Gen. ed.), *Environmental Law Practice Guide*, New York: LexisNexis, 2006, Volume 5, p. 32-30.

“This would be a market-based instrument in the sense that it takes the characteristics of the property market into account in adjusting incentives. Unlike a command-and-control mechanism, which would impose a set of more or less fixed mandates, requiring environmental studies when property is transferred would induce those selling or acquiring property to move toward compliance because, and to the extent that, it would become in their own economic self-interest to do so. The laws that create liability upon the transfer of property have a pervasive impact on the daily practice of environmental law, and perhaps inadvertently create greater economic incentives for reducing hazardous wastes than the combination of all the laws that have that as their explicit purpose.”<sup>261</sup>

Een transfer triggered environmental act hoeft derhalve niet per definitie bedrijfsleven onvriendelijk te zijn. Wel ontstaan er onvermijdelijk kosten die door de bij de overdracht betrokken partijen gedragen moeten worden: kosten ten behoeve van uitvoeren van een bodemonderzoek, en mogelijk kosten vanwege van het moeten uitvoeren van een bodemsanering. Dit zijn extra transactiekosten. Daarnaast moeten partijen in geval van toepasselijkheid van ISRA en de Transfer Act ook nog een bijdrage (fee) betalen aan het NJDEP respectievelijk het CDEP. Met deze bijdragen wordt de uitvoering van ISRA en de Transfer Act gefinancierd. Dit is een keuze van de wetgevers van de staten New Jersey en Connecticut, en een dergelijke keuze hoeft elders uiteraard geen navolging te krijgen. Op de mogelijke nadelen van de toepasselijkheid van een transfer triggered environmental act wordt in hoofdstuk 5 nog verder ingegaan. In dat hoofdstuk wordt tevens ingegaan op de vraag of de invoering van een transfer triggered environmental act in Nederland en in de Europese Unie een serieuze overweging waard is, en zo ja, in welke vorm. Het is daarbij van belang om ook de eventuele nadelen verbonden aan dergelijke wetgeving te analyseren.

In de contractspraktijk – waarop overigens ten aanzien van het Nederlandse privaatrecht en eventuele aansprakelijkheid voor milieuschade in hoofdstuk 7 uitgebreid wordt ingegaan – in bijvoorbeeld de staat New Jersey wordt (uiteraard) rekening gehouden met de toepasselijkheid van ISRA. Zie daarover bijvoorbeeld uitgebreid de volgende literatuur: ‘Buying and selling businesses’, in:

*New Jersey Practice Series*, Volume 21A, Skills and Methods, by New Jersey content experts, Thomson/West, revised Third Edition, 2005, p. 433-521, en M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr. en H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, ‘Real Estate Law and Practice, Environmental Controls, Thomson/West, Second Edition, 2002, p. 86-113.

---

<sup>261</sup> M.B. Gerrard, ‘A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance’, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435.





## 5 Analyse van de transfer triggered environmental acts en de mogelijke invoering van soortgelijke wetgeving in Nederland en in de Europese Unie

### 5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de aard en inhoud van zogenaamde transfer triggered environmental acts zoals toepasselijk in een aantal staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag of soortgelijke wetgeving ook in Nederland of op Europees niveau zou kunnen worden geïntroduceerd. En zo ja, waarom zou invoering van dergelijke wetgeving wenselijk zijn, en op welke wijze(n) kan aan deze wetgeving vorm worden gegeven? Welke voor- en nadelen zijn aan dit soort wetgeving verbonden, en op welke wijzen kunnen de mogelijke nadelige gevolgen van deze wetgeving zoveel mogelijk worden beperkt?

Bij de analyse van de transfer triggered environmental acts worden in dit hoofdstuk zoveel mogelijk de verschillende maatschappelijke belangen betrokken. Immers, zoals hiervoor in par. 4.1 opgemerkt, is de verantwoordelijkstelling van niet veroorzakers voor historisch veroorzaakte bodemverontreiniging een onderwerp waarover verschillend kan worden gedacht. De vraag rijst dan of het nog wel mogelijk is om op meer objectieve grondslagen tot een bepaald standpunt of voorstel ten aanzien van deze problematiek te komen? Mijn antwoord daarop is: jawel, maar slechts tot op zekere hoogte.

Het is uiteindelijk aan de wetgever om een keuze te maken. Daarbij zal, naar ik meen, onder andere rekening moeten worden gehouden met de volgende omstandigheden:

- (1) De omvang van het maatschappelijke probleem waarop de nieuwe wetgeving betrekking heeft;
- (2) De mogelijke effectiviteit van de wettelijke regeling in verband met het uiteindelijk te bereiken doel van die wetgeving;
- (3) Daarnaast lijkt het wenselijk en redelijk om van dergelijke nieuwe wetgeving te verlangen dat zij niet tot onnodige vertragingen in het handelsverkeer – of meer specifiek gezegd in de praktijk van bedrijfsovernames en de overdracht van (industriële) grond – leidt;
- (4) De bestuurlijke en administratieve lasten die dergelijk nieuwe wetgeving met zich meebrengt.

Deze aspecten komen hierna in dit hoofdstuk aan de orde.

## 5.2 Invoering van een transfer triggered milieuwet in Nederland en de Europese Unie

Een transfer triggered milieuwet combineert, zoals gezegd, privaatrechtelijke aspecten met bestuurs- en milieurechtelijke aspecten. Dit is een methode waarmee wij op milieurechtelijk gebied in Nederland wel enigszins vertrouwd zijn. Te noemen zijn bijvoorbeeld art. 46 lid 1 Wbb en art. 63k lid 1 Wbb, en art. 17 lid 2 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering. In deze artikelen wordt rekening gehouden met civielrechtelijke aspecten, zoals het moment van aankoop van de verontreinigde grond (mate van wetenschap om ooit tot bodemsanering gedwongen te kunnen worden door de overheid) en de mogelijke duurzame rechtsbetrekking van de eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, met de veroorzaker van de verontreiniging in het verleden.<sup>1</sup> In geval van de toepasselijkheid van een wettelijke bodemsaneringsplicht rustende op de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter bevat art. 55b lid 3 Wbb een specifieke verwijzing naar de situatie van overdracht. En in het kostenverhaalsartikel 75 Wbb worden dwarsverbanden gelegd met de civielrechtelijk onrechtmatige daadsactie (art. 6:162 BW), het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) en de ongerechtvaardigde verrijkingsactie (artikel 6:212 BW). Toch wordt in deze wetsartikelen niet specifiek aangehaakt bij het plaatsvinden van bepaalde civielrechtelijke transacties. Dat is juist wél het geval bij een transfer triggered environmental act.

Over de voor- en nadelen van dit soort wetgeving is in par. 4.10 al het één en ander opgemerkt. Hierna wordt ingegaan op de vraag welke effecten de invoering van een dergelijke wet in Nederland zou hebben.

### 5.2.1 *Effecten van de invoering van een transfer triggered milieuwet*

Een gunstig neveneffect van een transfer triggered milieuwet, is dat er na verloop van tijd veel informatie beschikbaar is voor potentiële toekomstige kopers ten aanzien van de bedrijfsterreinen die het traject van de transfer triggered milieuwet hebben doorlopen. Deze extra informatie zal de al bestaande gegevens met betrekking tot uitgevoerde bodemonderzoeken en bodemsaneringen zoals thans aanwezig in Nederland verder aanvullen.<sup>2</sup> Tevens betekent extra informatie op dit punt misschien ook dat bepaalde onroerend goed transacties gemakkelijker kunnen worden gefinancierd, omdat kredietverschaffers beter de waarde van de onroerende zaken die worden overgedragen kunnen vaststellen.

---

<sup>1</sup> Zie in verband met aansprakelijkheid van voormalige bestuurders en aandeelhouders van de veroorzaker (rechtspersoon) ook par. 8.3.4.

<sup>2</sup> Informatie ten aanzien van uitgevoerde bodemonderzoeken en bodemsaneringen kan worden gevonden op: <http://www.bodemloket.nl/bodemloket/map/map.asp> en <http://geocement.esrinl.com/bodemloket/bodemloket.html> (alleen de provincie Utrecht). Zie ook de Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken, inwerking getreden op 1 juli 2007, *Stb* 2004, 313 en *Stb*. 2007, 219, art. 1, onder b, ten tweede.

De ‘pijn’ van een transfer triggered milieuwet zal met name zitten op het moment dat de wet wordt ingevoerd. Vanaf dát moment worden huidige eigenaren en erfpachters immers geconfronteerd met bepaalde nieuwe verplichtingen op het moment van overdracht of sluiting<sup>3</sup> van een bedrijf zoals geformuleerd in de transfer triggered milieuwet. Echter, er is in Nederland al veel informatie met betrekking tot bodemverontreiniging beschikbaar. Daarnaast zijn er al diverse wettelijke instrumenten van kracht waarbij de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter kan worden aangesproken (art. 46 lid 1 Wbb, art. 55b Wbb, art. 63k lid 1 Wbb en art. 75 lid 3 Wbb). Daarbij geldt ook een verplichting tot financiële zekerheidstelling door de verkoper in het geval van overdracht, tot het moment dat de koper financiële zekerheid heeft gesteld (art. 55b lid 3 Wbb). Dit is al een beperkte environmentale transfer trigger te noemen. De invoering van een transfer triggered milieuwet zou daarom in Nederland tot minder problemen aanleiding moeten geven in vergelijking met de invoering van ECRA in de staat New Jersey in 1983 en de invoering van de Transfer Act in de staat Connecticut in 1985.

De kosten van verplicht bodemonderzoek en, indien noodzakelijk, de kosten van bodemsaneringskosten, op het moment van een bedrijfsovername die onder de reikwijdte van de transfer triggered milieuwet valt, zullen als extra transactiekosten voor rekening van de bij de transactie betrokken partijen komen. Of dat daadwerkelijk een probleem is voor bedrijven in Nederland, is vanwege de volgende omstandigheden twijfelachtig:

- (1) Er bestaat in Nederland al een redelijk goed landsdekkend beeld wat betreft de aanwezigheid van bodemverontreiniging. Dit is wel een vrij grof beeld, waarbij niet precies bekend is welk kadastraal perceel (ernstig) is verontreinigd. Maar nieuw is dit probleem in Nederland dus bepaald niet. Ik merk hier op dat dit elders in Europa anders kan zijn.<sup>4</sup>
- (2) Aangezien een bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter sinds 1 januari 2006 in zijn kwaliteit (hoedanigheid) van eigenaar of erfpachter wettelijk kan worden verplicht tot het uitvoeren van een bodemsanering (zie art. 55b Wbb), zal de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter nu ook de saneringskosten moeten dra-

---

3 Ten aanzien van beëindiging van bepaalde inrichtingen waarbinnen een bodembedreigende activiteit wordt verricht moet op grond van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer uiterlijk zes maanden na die beëindiging een bodemrapport aan het bevoegd gezag worden toegezonden. Hetzelfde geldt ten aanzien van het beëindigen van het opslaan van vloeibare brandstof of afgewerkte olie in een ondergrondse tank. Zie art. 2.11 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

4 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 13: “Er is geen algemene onderzoeksplicht in de wet opgenomen, omdat voor het opleggen van een onderzoeksplicht er sprake moet zijn van een vermoeden van bodemverontreiniging. Er is wel in artikel 72 een basis opgenomen voor een algemene maatregel van bestuur waarin voor bepaalde categorieën van gevallen een onderzoeksplicht kan worden opgelegd. Daar is gebruik van gemaakt ten behoeve van de BSB-operatie in de vorm van het Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen. Op grond van dit besluit wordt onderzoek naar verontreiniging op bedrijfsterreinen begeleid door de BSB-stichtingen, en wanneer de onderzoeksfase is afgerond, wordt het bevoegd gezag hiervan op de hoogte gesteld. Mocht een bedrijf, dat valt onder het toepassingsbereik van het Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen, niet vrijwillig een onderzoek willen verrichten, dan kan het bevoegd gezag een aanwijzing geven tot het uitvoeren van een verkennend onderzoek. Wanneer uit onderzoeksgegevens blijkt dat er sprake is van verontreiniging kan het bevoegd gezag vervolgens op grond van de huidige wet een bevel geven tot het verrichten van nader onderzoek.”

gen voor historisch veroorzaakte bodemverontreiniging – in principe verontreiniging veroorzaakt vóór 1 januari 1987 – ongeacht de vraag of hij die bodemverontreiniging al dan niet zelf heeft veroorzaakt. Het vernieuwende element van een transfer triggered milieuwet is dat een dergelijke wet een moment aangeeft wanneer er gesaneerd móet worden. En dat moment is niet afhankelijk van een besluit van het bevoegd gezag, maar van een bepaalde civielrechtelijke gebeurtenis. Contractspartijen zullen zelf na moeten gaan of een bepaalde transactie de transfer triggered milieuwet toepasselijk doet zijn.

- (3) Due diligence onderzoek naar allerlei aspecten van het over te nemen bedrijf wordt in geval van een bedrijfsovername in Nederland al vaak standaard uitgevoerd. Een uitbreiding van de verplichtingen op milieugebied zal extra onderzoeksinspanningen met zich meebrengen, maar deze kunnen worden ingepast in het algemene due diligence onderzoek. Wel verdient daarbij opmerking dat omvangrijk due diligence onderzoek vooral plaatsvindt in het geval er sprake is van grotere bedrijfsovernames. In geval van kleine bedrijfs-overnames kan een transfer triggered milieuwet en de daaruit voortvloeiende onderzoeksplicht – en een mogelijke bodemsaneringsverplichting – wel voor relatief meer transactiekosten zorgen.

Naast het bevorderen van het uitvoeren van verplicht bodemonderzoek en bodemsanering, en bescherming van de koper tegen verantwoordelijkheid voor historisch veroorzaakte bodemverontreiniging, komt ook een ander aspect tot zijn recht in geval van de toepasselijkheid van een transfer triggered milieuwet. Bodemonderzoek en bodemsanering kosten immers geld. Geld dat niet altijd aanwezig is binnen de onderneming of dat niet altijd gemakkelijk aan de onderneming onttrokken kan worden. Een transfer triggered milieuwet zorgt er niet alleen voor dat de partijen betrokken bij de bedrijfsovername een prikkel hebben om onderzoek te doen naar mogelijke aanwezige verontreiniging en dit probleem daadwerkelijk op te lossen, maar ook dat er financiële middelen aanwezig zijn die aangewend kunnen worden ten behoeve van de bodemsanering: de koopsom. De bedrijfsvoering hoeft daardoor niet tussentijds te worden belast met saneringskosten, want sanering vindt plaats op het moment dat er geld beschikbaar is.

Afhankelijk van hetgeen partijen betrokken bij de bedrijfsovername contractueel afspreken, kan de verkoper een gedeelte van de koopsom reserveren ten behoeve van de uitvoering van de bodemsanering, dan wel kan de koper een lagere koopsom betalen in vergelijking met die zij oorspronkelijk in gedachte had, en het bespaarde bedrag aanwenden ten behoeve van het uitvoeren van een bodemsanering. Dit zal vaak ook noodzakelijk zijn, aangezien er ook onder de huidige wet (art. 55b lid 3 Wbb) financiële zekerheid moet worden gesteld. Het verplicht stellen van financiële zekerheid voor de saneringskosten zal tevens voor de hand liggen in geval van invoering van een transfer triggered milieuwet.

Ook de positie van het lokale bevoegde gezag wordt vergemakkelijkt. Het lokale bevoegd gezag hoeft geen specifiek besluit als bedoeld in art. 29 Wbb en art. 37 Wbb te nemen, en daarbij andere belangen, zoals de werkgelegenheid binnen de

provincie- of gemeentegrenzen, tegen elkaar af te wegen. Partijen betrokken bij de bedrijfsovername/transactie moeten immers zelf op grond van de transfer triggered milieuwet bodemonderzoek verrichten vanwege het plaatsvinden van de transactie, en naar aanleiding van de onderzoeksresultaten al dan niet overgaan tot bodemsanering. Het lokale bevoegd gezag hoeft alleen toezicht te houden op de naleving van de wet op het moment dat een transactie plaatsvindt en zij daarvan op de hoogte wordt gesteld. De gehele procedure zou zelfs, evenals dat in de staten New Jersey en Connecticut het geval is, op het niveau van de centrale overheid kunnen worden aangestuurd, bijvoorbeeld door het Ministerie van VROM in Den Haag. In Vlaanderen is overigens een specifieke rechtspersoon opgericht, de OVAM, die onder gezag staat van de Vlaamse regering en allerlei toezichthoudende en goedkeurende bevoegdheden heeft op grond van het Vlaams Bodemdecreet. De feitelijke werkzaamheden en het feitelijke toezicht op de werkzaamheden voortvloeiende uit een transfer triggered milieuwet zouden uitgevoerd kunnen worden door een gecertificeerde milieudeskundige, gelijk de LEP in de staat Connecticut (zie verder par. 5.3.7)

Er is momenteel nog een ontwikkeling gaande die een transfer triggered milieuwet effectief doet zijn: de snelle opkomst van zogenaamde hedge funds of investeringsmaatschappijen. Over deze hedge funds is de laatste jaren veel te doen, en hun invloed is toegenomen.<sup>5</sup> Hedge funds zijn eigenlijk gespecialiseerde beleggingsfondsen.<sup>6</sup> Doel van deze hedge funds is om met het aan het hedge fund beschikbaar gestelde beleggingskapitaal een zo hoog mogelijk rendement te halen. Soms gebeurt dit door middel van het kopen van (een gedeelte van) de aandelen in een bepaalde vennootschap, waarvan het hedge fund vermoedt dat de waarde van de door de vennootschap gedreven onderneming, en dus uiteindelijk de aandelen in de vennootschap, te laag is gewaardeerd. Het hedge fund probeert daarna via zijn invloed als aandeelhouder het desbetreffende bedrijf te herstructureren, om op die manier het bedrijf winstgevender te maken. Vervolgens zouden ook de aandelen van de vennootschap die de onderneming drijft in waarde moeten stijgen. Een andere mogelijkheid is het kopen van de activa en passiva van een onderneming. Ook dan kan het hedge fund proberen de totale waarde van de door het hedge fund gekochte activa en passiva te verhogen. Als alles volgens plan verloopt, verkoopt het hedge fund uiteindelijk met winst de gekochte activa/passiva van de onderneming. De participanten/beleggers in het hedge fund kunnen op die manier een rendement op hun ingelegd kapitaal behalen. Het is op dit moment nog

5 Er hebben zelfs discussies in de Tweede Kamer plaatsgevonden met betrekking tot hedge funds, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2005-2006, 'Aanhangsel van de Handelingen', 2, 197, p. 417-419, en de Nieuwsbrief van de Minister van Economische Zaken, op 4 september 2006 aan de Tweede Kamer toegestuurd, e206000499.

6 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "Hedge fund: A specialized investment group – usually organized as a limited partnership or offshore investment company – that offers the possibility of high returns through risky techniques such as selling short or buying derivatives." Zie ook het rapport van de Autoriteit Financiële Markten, *Hedge Funds: een verkennende analyse*, Amsterdam, 6 september 2005, zie: [www.afm.nl/consumenten](http://www.afm.nl/consumenten).

moeilijk voorspelbaar of hedge funds ook in de toekomst een belangrijke rol blijven spelen. Thans is hun aanwezigheid op de (internationale) ‘overnamemarkt’ echter duidelijk merkbaar, en zijn hun financiële mogelijkheden aanzienlijk.

Een transfer triggered milieuwet zou op deze nieuwe ontwikkeling kunnen inspelen: de omlooptijd waarbinnen een onderneming wordt doorverkocht is tegenwoordig korter. Met andere woorden, bedrijven worden, mede vanwege de opkomst van hedge funds, steeds sneller ver- en gekocht. Het gaat daarbij vaak om omvangrijke transacties, met omvangrijke financieringen, waarbij mogelijke bodemsaneringskosten procentueel gezien wellicht geen groot aandeel in het totale financiële plaatje van de overname hebben.<sup>7</sup> Investeringsmaatschappijen/hedge funds maken een economische afweging, waarbij zij het actief schone grond wellicht ook als positieve waarde verdisconteren in hun financiële toekomstverwachtingen ten aanzien van de vennootschap of activa die zij kopen. Ongeacht of hedge funds het actief schone grond hoger waarderen of niet, zullen zij in elk geval aan de wettelijke bepalingen geldende in Nederland moeten voldoen.<sup>8</sup>

#### *Waarde van ernstig verontreinigde grond*

Met betrekking tot de term waarde van (ernstig) verontreinigde grond is het van belang om kennis te nemen van het feit dat het moeilijk is om de aan de prijsvorming van bedrijfsterreinen ten grondslag liggende factoren te achterhalen en te objectiveren.<sup>9</sup> Er moet, met andere woorden, een voorbehoud worden gemaakt ten aanzien van de stelling dat de economische waarde van de grond altijd zou toenemen vanwege een uitgevoerde bodemsanering, dan wel per definitie laag of nul is in het geval de grond ernstig is verontreinigd.<sup>10</sup>

7 Zie ook M.B. Gerrard, ‘A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance’, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435. Gerrard merkt in dit artikel op: “During a large corporate or real estate deal, however, often so much money is at stake that the added cost of an environmental investigation is minor and readily absorbed within the context of transaction costs that are already enormous. Thus if the law required that such an assessment be performed, it could certainly be done. If the requirement for and approximate magnitude of a compliance cost were anticipated before the transaction is closed, the cost could be reflected in the deal, and after the closing the buyer would be less likely to resist it as an unanticipated or unfunded expenditure.”

8 Hans Nieuwenhuis van het milieutechnisch- en consultancybureau Tauw merkte tijdens het interview dat ik met hem had op 28 juni 2006 in Deventer op, dat private equity bedrijven en hedge funds voornamelijk zijn geïnteresseerd in bedrijfsovernames en de financiële kant van een bedrijf, maar dat zij meestal wel de problemen binnen het bedrijf, zoals de aanwezigheid van bodemverontreiniging, willen oplossen.

9 G.G.M. ten Have maakt een onderscheid tussen de economische benadering van waarde en de juridische benadering van waarde, zie zijn boek *Taxatieleer onroerende zaken*, Houten: Educatieve Partners Nederland BV, tweede druk, derde oplage, 2002, p. 1-18. De taxateur redeneert vaak vanuit de economische invalshoek, maar combineert de economische benadering waar nodig ook met wettelijke bepalingen. Zie p. 118 en p. 119 van voormeld boek.

10 Zie hierover ook bijvoorbeeld de Beleidsregel kostenverhaal, artikel 75 Wet bodembescherming, van april 2002, p. 4, waarop ook in par. 3.4.4.1 is ingegaan. Op p. 4 van deze Beleidsregel wordt opgemerkt: “Het begrip verrijking is een zuiver economisch begrip. Het begrip ongerechtvaardigd wil zeggen dat de verrijking niet berust op een overeenkomst of een wettelijke grondslag. Verrijking kan bestaan uit waardestijging van een terrein als gevolg van sanering maar ook uit bespaarde onderzoeks- en saneringskosten, waardestijging van aandelen en meer zekerheid voor de hypotheekbank. In veel gevallen bestaat de verrijking uit waardestijging →

Uit de gesprekken die ik in Nederland heb gevoerd met twee taxateurs – de heren *J.S. van der Griendt*<sup>11</sup> en *G.G.M. Ten Have*<sup>12</sup> – kwam naar voren dat, zeker in een relatief klein land als Nederland waarin slechts een beperkt aanbod van (industriële) grondgebied aanwezig is, de waarde van de grond niet altijd afhankelijk blijkt te zijn van de aanwezigheid van bodemverontreiniging. Ditzelfde kan waarschijnlijk ook van de relatief kleine Amerikaanse staat New Jersey worden gezegd. In staten met een groot aanbod van grond kan dit anders liggen. In staten met een groot grondgebied kunnen bedrijven immers veel gemakkelijker besluiten om zich elders te vestigen, op grond die niet is verontreinigd. Mede daarom is het van belang dat een transfer triggered milieuwet in Nederland of binnen de Europese Unie niet alleen betrekking heeft op verschillende vormen van bedrijfsovernames, maar ook op het sluiten van industriële ondernemingen.

Naar de prijsvorming op de (industriële) onroerend goed markt in verband met de aanwezigheid van bodemverontreiniging is in Nederland onderzoek verricht, onder andere door *Ten Have*.<sup>13</sup> Uit dat onderzoek blijkt dat de waardevorming van onroerend goed door allerlei verschillende omstandigheden wordt beïnvloed. Te noemen zijn onder andere: de ondoorzichtigheid van de vastgoedmarkt, locatie-specifieke omstandigheden, de vraag en het aanbod op een bepaald tijdstip, maar ook geheel andere omstandigheden zoals de emotionele binding die een (ver) koper met een bepaalde onroerende zaak heeft.<sup>14</sup> Het begrip waarde wordt volgens Ten Have in de taxatieleer in het algemeen als volgt gedefinieerd:

“Waarde is de meest waarschijnlijke prijs die voor het gehele object tot stand kan komen in een open marktsituatie gegeven de fysieke, economische, sociale en/of juridische kwaliteit van dat object.”<sup>15</sup>

---

van een terrein. De waardestijging wordt abstract berekend, er wordt dus niet gekeken naar de werkelijk betaalde koopprijs voor het terrein. (...) Het gaat erom wat de waarde was van het terrein vóór respectievelijk na de sanering. De waardestijging wordt vastgesteld door middel van een taxatie.” Zie over de waardering in geval van het instellen van een ongerechtvaardigde verrijksactie door de sanerende overheid (artikel 75 lid 3 Wbb) ook de Kamernotitie Ongerechtvaardigde verrijking, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1993-1994, 22 727, nr. 11.

11 Milieumanager bij Bouwfonds MAB Ontwikkelingen te Amersfoort.

12 Directeur bij Boer Hartog Hooft Consultancy B.V. ONCOR International, te Amstelveen.

13 G.G.M. ten Have, *Taxatieleer onroerende zaken*, Houten: Educatieve Partners Nederland BV, tweede druk, derde oplage, 2002, p. 19-21.

14 G.G.M. ten Have noemde dit tijdens het gesprek dat ik met hem in Amsterdam op 18 augustus 2006 voerde het ‘psychologische effect’ dat meespeelt bij de waardevorming van onroerend goed. Dat dit ook elders in de wereld het geval is, blijkt wel uit het gesprek dat ik had met William Warzecha en Jan Czezotka van het CDEP (beiden supervising environmental analyst, Remediation Division) in Hartford (Conn., VS) op 4 oktober 2006. De heer Warzecha gaf tijdens dit gesprek een voorbeeld waarin een projectontwikkelaar een ernstig vervuild terrein grond in de staat Connecticut kocht, terwijl hij wist dat hij hoge bodemsaneringskosten dienaangaande zou gaan moeten maken. Echter, het desbetreffende terrein lag op een heuvel met een mooi uitzicht, zodat de projectontwikkelaar meende de daar te bouwen huizen met zo veel winst te kunnen verkopen, dat ook de hoge bodemsaneringskosten terugverdiend zouden worden. De economische waardering van de projectontwikkelaar gaf volgens Warzecha, in relatie met de locatiespecifieke omstandigheden, de doorslag voor de projectontwikkelaar om toch de grond te kopen, te saneren en te ontwikkelen.

15 G.G.M. ten Have, *Taxatieleer onroerende zaken*, Houten: Educatieve Partners Nederland BV, tweede druk, derde oplage, 2002, p. 18.



Ik merk hier op dat de relatieve grondschaarste in Nederland, de onwetendheid of onderschatting van het probleem van bodemverontreiniging, de mogelijke onderschatting van de hoogte van de kosten die aan de bodemsanering zijn verbonden, en de omstandigheid dat er in het verleden zelden of nooit een saneringsbevel is opgelegd in Nederland, mede oorzaken kunnen zijn waardoor de waarde van (bedrijfsmatig) onroerende zaken in Nederland niet altijd daalt vanwege de aanwezigheid van bodemverontreiniging. Het is echter onmogelijk om over dit onderwerp in dit boek objectieve en methodologisch correcte uitspraken te doen. Daarvoor is uitgebreid wetenschappelijk onderzoek vereist. Ik verwijs verder naar de publicaties van *Van der Griendt*, waaronder zijn dissertatie getiteld 'Grond voor zorg. Stof tot nadenken'.<sup>16</sup> Van der Griendt geeft aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden een duidelijker beeld van de prijsvorming op de Nederlandse onroerend goed markt. Hij stelt dat in geval van bedrijfsmatig onroerend goed de waardeberekening voornamelijk afhangt van de hoogte van de onderzoeks- en saneringskosten en de eventuele gebruiksbeperkingen vanwege de aanwezigheid van bodemverontreiniging. Het zogenaamde stigma-effect vanwege geconstateerde bodemverontreiniging speelt voornamelijk een rol bij woonhuizen.<sup>17</sup> Zie ook het hiervoor al enkele keren genoemde boek met betrekking tot taxatieler van *Ten Have*.

#### 5.2.2 *Mogelijke nadelen verbonden aan de introductie van een transfer triggered milieuwet*

Dit alles gezegd hebbende, zitten er dan alleen maar positieve aspecten aan de introductie van een op de overnamepraktijk gerichte milieuwet? Dat is (helaas) niet het geval. In het vorige hoofdstuk is daarover al het een en ander opgemerkt. Er zitten enkele nadelige aspecten aan dit type van milieuwetgeving. Echter, een aantal van deze nadelige aspecten zijn bij nadere beschouwing algemeen van aard,

16 J.S. van der Griendt, *Grond voor zorg. Stof tot nadenken* (diss.), Universiteit Utrecht, Uitgeverij Stili Novi, 2007 en J.S. van der Griendt, 'Schade door bodemverontreiniging. Een beschrijving van taxatiemethoden en -technieken', *NTBR* 2007/10, Nr. 69, p. 477-483.

17 J.S. van der Griendt, 'Schade door bodemverontreiniging. Een beschrijving van taxatiemethoden en -technieken', *NTBR* 2007/10, Nr. 69, p. 482-483. Zie voor een voorbeeld in de jurisprudentie rechtbank Maastricht 17 december 2003, LJN: AO1063, zaaknr. 77837/HA ZA 02-838, r.o. 3.8: "Met de opmerking dat - kort gezegd - geen sprake zou zijn van een blijvend 'gifstigma', stellen gedaagden sub 1 en 2 de fundamentele vraag aan de orde of bij de beoordeling van de schadeclaim van [Eisers] al dan niet rekening moet worden gehouden met de bodemsanering die, naar uit de stellingen van partijen blijkt, thans nog niet is voltooid en naar verwachting nog enige jaren in beslag zal nemen. Vooropgesteld moet worden dat, uitgaande van een naar de regelen der kunst uitgevoerde bodemsanering, na de voltooiing daarvan per definitie geen objectieve schadefactoren meer aanwezig zullen zijn. Niet uitgesloten is echter dat zich ook daarna aan de meer subjectieve kant een waardevermindering van in het saneringsgebied gelegen woningen kan blijven voordoen, voortkomend uit bij potentiële kopers levende gevoelens van onbehagen die culminerend in verminderd vertrouwen, in de kern samen te vatten als 'gifstigma'. Daarvan zal in de visie van de rechtbank overigens pas sprake zijn indien door een deskundige taxateur die bekend is met de lokale en regionale marktomstandigheden, vastgesteld kan worden dat het genoemde verminderd vertrouwen in dusdanig brede kring wordt ondervonden dat kan worden gesproken van een relevante, de markt beïnvloedende omstandigheid; niet van belang is derhalve de (extreme) vreesachtigheid van een enkeling. Ook deze subjectieve schadecomponent komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking, hoe moeilijk kwantificeerbaar zij ook moge zijn."

en niet direct het gevolg van de eventuele introductie van een transfer triggered milieuwet. Te noemen zijn de volgende knelpunten.

### **Stagnatie op de onroerend goed markt**

Het grootste gevaar van de introductie van een transfer triggered milieuwet is een mogelijke stagnatie op de overname- en onroerend goed markt. Met andere woorden, bedrijven en bedrijfsterreinen worden niet meer verkocht vanwege de daaraan verbonden milieurechtelijke verplichtingen op het moment van overdracht. Daarbij merk ik op dat er in die gevallen meestal wel sprake is van ernstige bodemverontreiniging, die ook in het geval dat er geen sprake is van een bedrijfs-overname naar huidig Nederlands recht (waarschijnlijk) zal moeten worden gesaneerd (zie art. 29 Wbb en art. 37 Wbb). Al te strikte vereisten in geval van een bedrijfsovername met betrekking tot dit probleem zouden echter onverkoopbare bedrijfsterreinen kunnen creëren, een fenomeen dat ook wel wordt aangeduid als de brownfields problematiek.<sup>18</sup>

Een ander zijdelings negatief effect zou kunnen liggen in de omstandigheid dat de bedrijfsovername niet plaatsvindt omdat de huidige eigenaar niet wil overgaan tot het uitvoeren van een bodemonderzoek, bang als zij is voor de eventuele constatering van ernstige bodemverontreiniging. Echter, het bevoegd gezag heeft onder de huidige wetgeving ook altijd al de mogelijkheid om het uitvoeren van bodemonderzoek af te dwingen.<sup>19</sup>

De stagnatie op de onroerend goed markt kan wellicht worden voorkomen indien de transfer triggered milieuwet, zoals bij ISRA of het Vlaams Bodemdecreet het geval is, ook betrekking heeft op de sluiting van een bedrijf. Dan zal de grond onderzocht en gesaneerd moeten worden ten tijde van de bedrijfssluiting, zodat er geen nieuwe brownfield ontstaat. Daarbij, in een relatief klein land als Nederland met een schaars aanbod van industriële grond, zullen er minder snel brownfields ontstaan in vergelijking tot landen met een potentieel groot aanbod van industriële grond. Locatiespecifieke omstandigheden, bijvoorbeeld de bereikbaarheid per weg, water of spoor, kunnen eveneens het ontstaan van brownfields voorkomen.

### **Administratieve lasten verbonden aan transfer triggered milieuwetgeving; de introductie van LEPs**

Een ander mogelijk negatief aspect kan worden gevonden in de administratieve lasten die een dergelijke wet met zich mee kan brengen. In de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut heeft het systeem van overheidstoezicht in het kader

---

<sup>18</sup> Zie ook de Belgische dissertatie van B. Vanheusden, *Brownfields redevelopment: naar een duurzame stadsonwikkeling? Rechtsvergelijkende analyse betreffende de sanering van sites* (diss.), Katholieke Universiteit Leuven, 2007. Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "Brownfield site: An abandoned, idled, or underused industrial or commercial site that is difficult to expand or redevelop because of environmental contamination."

<sup>19</sup> Art. 43 Wbb.

van ECRA/ISRA respectievelijk de Transfer Act in de jaren '80 en begin jaren '90 van de twintigste eeuw al tot problemen, zoals zeer grote vertragingen bij de afhandeling van dossiers, geleid. De departementale staf van het NJDEP respectievelijk het CDEP kon de hoeveelheid werk voortvloeiende uit ECRA (New Jersey) en de Transfer Act (Connecticut) niet goed aan.<sup>20</sup> De ambtenaren die met de uitvoering van de transfer triggered milieuwet zijn belast moeten bijvoorbeeld tevens enige kennis van het civiele recht hebben om hun werk goed te kunnen uitvoeren.<sup>21</sup> Meest effectief is om de wet op centraal niveau, via bijvoorbeeld het ministerie van VROM, te laten uitvoeren. Overigens, indien de wet effectief werkt in die zin dat veel bedrijfsterreinen het onderzoeks- en saneringstraject van de wet doorlopen, verdwijnen de ernstig vervuilde bedrijfsterreinen uiteindelijk.

Een oplossing om de problemen zoals die zich voordeden in de staten New Jersey en Connecticut bij de uitvoering van ECRA respectievelijk de Transfer Act, zoals grote vertragingen bij de afhandeling van dossiers (bodemonderzoeken, saneringsplannen), te voorkomen, is om de verantwoordelijkheid voor de naleving van de wet voornamelijk bij de overnamepartijen zélf te leggen. In de staat Connecticut bijvoorbeeld, heeft de introductie van de zogenaamde LEP (zie par. 4.5.2), die namens de overheid (het CDEP) toezicht houdt op de onderzoeks- en saneringswerkzaamheden, tot een flinke verlichting van de taken van het CDEP geleid.<sup>22</sup> De ervaringen met het inschakelen van LEPs zijn tot dusverre positief in de staat Connecticut, ondanks de omstandigheid dat een LEP soms in een netelige positie terecht kan komen. Netelig, aangezien een LEP is belast met het toezicht op de correcte uitvoering van de onderzoeks- en saneringswerkzaamheden, welk toezicht hij houdt namens de overheid (het CDEP), en de LEP ook melding moet maken van overtredingen.<sup>23</sup> Diegene die de Transfer Act moet naleven en de bodem moet onderzoeken en eventueel saneren (de certifying party),<sup>24</sup> is echter tevens de opdrachtgever van de LEP, en zou de LEP dus kunnen proberen te beïnvloeden.<sup>25</sup> Zie hier een mogelijke situatie waarin de LEP met twee verschillende

20 Zie daarover D.B. Farer 'ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law', *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 122-123: "(...) investors and developers who were accustomed to closing transactions within weeks after signing sale agreements were suddenly faced with critical, sometimes fatal, delays measured in the multiples of months." En op p. 124-125: "Applicants went to every length possible to provide complete submissions to DEP, only to have the agency reply that it would take DEP six months to assign a case manager to first review all of the documentation provided." En D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, 'ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?', *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, 1996, p. 51-80, merken op p. 57 op: "ECRA's remediation review process also received much criticism. Under the review process, regulatory authorities surveyed the site to define what remedial action was necessary. Often this process took several years, and until the contaminated site was cleaned up the property could not be sold."

21 Dat was onder de ECRA wetgeving in de staat New Jersey soms een probleem.

22 Informatie verkregen van William Warzecha tijdens het interview dat ik met hem en zijn collega Jan Czczotka op 4 oktober 2006 ten kantore van het CDEP te Hartford (Conn.) had.

23 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v.

24 Zie Connecticut's Transfer Act, Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (6) van de Transfer Act, waarvan de tekst is opgenomen in de Bijlage bij dit boek.

25 Volgens William Warzecha en Jan Czczotka van het Department of Environmental Protection in Hartford (Conn.) is het tot dusverre in Connecticut één keer voorgekomen dat een LEP is geschorst omdat hij geen goed toezicht had gehouden.

belangen wordt geconfronteerd: enerzijds de belangen van het CDEP, en anderzijds de belangen van zijn opdrachtgever.

In de staat New Jersey is het fenomeen LEP op veel beperktere schaal ingevoerd.<sup>26</sup> Tot nu toe zijn de ervaringen in de staat New Jersey minder positief in vergelijking met de staat Connecticut. Volgens de heer *Grosch*, supervisor met betrekking tot het ISRA programma bij het NJDEP, is dit mogelijk het geval omdat partijen in de staat New Jersey gewend zijn aan het overleg met het NJDEP, en omdat LEPs in de staat New Jersey bang zijn voor mogelijke persoonlijke aansprakelijkstelling door het NJDEP indien zij hun taak niet goed uitvoeren.<sup>27</sup> In Vlaanderen wordt in het kader van het daar toepasselijke Vlaams Bodemdecreet gewerkt met een bodemsaneringsdeskundige, een onafhankelijke deskundige erkend door de Vlaamse regering.<sup>28</sup>

Indien het ook in Nederland of binnen de Europese Unie mogelijk wordt om milieudeskundigen die namens de overheid toezicht uitoefenen op de saneringswerkzaamheden in te schakelen, zal er dus goed nagedacht moeten worden over de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van dergelijke gecertificeerde milieudeskundigen. Op deze kwestie wordt in par. 5.3.7 ingegaan.

Zoals in par. 3.5.1 al ter sprake kwam, is er in het najaar van 2006 een voorstel voor een Europese kaderrichtlijn ter bescherming van de bodem (Kaderrichtlijn Bodem) gedaan door de Europese Commissie.<sup>29</sup> In die paragraaf werd ook melding gemaakt van het feit dat de Kaderrichtlijn Bodem zogenaamde minimum harmonisatie betreft, en Lidstaten van de Europese Unie dus verdergaande nationale regelgeving – zoals een transfer triggered environmental act met daarin een bodemsaneringsplicht op het moment van overdracht of transactie – mogen invoeren. In art. 12 van dit voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem (dit artikel is getiteld: ‘soil status report’) is bepaald dat er in geval van de overdracht (verkoop, ‘sale’) van bepaalde bedrijfsterreinen een verplicht bodemonderzoek door de verkoper of de koper moet worden verricht. Dit bodemonderzoek dient aan bepaalde voorwaarden te voldoen en de resultaten van het onderzoek moeten worden overhandigd aan het bevoegd gezag en aan de overige bij de transactie betrokken contractspartij(en). Belangrijk is dat in art. 12 lid 2 van dit voorstel voor een Kaderrichtlijn Bodem het volgende wordt bepaald: “the soil status report shall

26 Het zogenaamde Cleanup Star Program, zie de website van het NJDEP: [www.nj.gov/dep/srp/cleanupstar](http://www.nj.gov/dep/srp/cleanupstar).

27 De heer Grosch is door mij op 26 februari 2007 in Trenton (NJ) ten kantore van het NJDEP geïnterviewd. De heer Farer, partner/advocaat bij het advocatenkantoor Farer Fersko in Westfield, New Jersey, vertelde mij tijdens het interview dat ik met hem had op zijn kantoor op 18 oktober 2006 in Westfield (NJ), dat hij liever met overheidsinstanties praat en onderhandelt, dan met private personen (LEPs) die namens de overheid toezicht houden. Volgens Farer geeft dergelijk direct contact met de overheid de cliënt meer zekerheid.

28 Het oriënterende of beschrijvend bodemonderzoek wordt uitgevoerd onder leiding van de bodemsaneringsdeskundige, die door de Vlaamse regering moet zijn erkend. Zie art. 2 onder 30 van het Vlaams Bodemdecreet.

29 *Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006), 232 final.

be issued by an authorised body or person appointed by the Member State”<sup>30</sup>. Kortom, ook in dit voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem wordt een systeem met een licensed environmental professional, oftewel in de woorden van het voorstel een authorised body or person, die toezicht houdt op het bodemonderzoek en de rapportage dienaangaande dan wel die zelf het bodemonderzoek verricht, geïntroduceerd. Bij een authorised body kan mijns inziens ook worden gedacht aan een aparte overheidsdienst.

### Mogelijkheden tot wetsontduiking

Om ontduikingsconstructies via bepaalde (rechtspersoonrechtelijke) constructies te voorkomen, is de definitie van (bedrijfs)overdracht met betrekking tot de bedrijven waarop de wet toepasselijk zou zijn – in de Amerikaanse wetgeving wordt meestal gesproken over industrial establishment of facility – heel belangrijk. Er valt niet aan te ontkomen om óf de term overdracht of transactie ruim te definiëren en uitzonderingen daarop te maken (vergelijk Connecticut’s Transfer Act), of om de gevallen van overdracht te benoemen waarin de wet toepasselijk is (vergelijk New Jersey’s ISRA en het Vlaams Bodemdecreet). In par. 5.3.1 wordt verder op dit probleem ingegaan. Goede formulering van de term overdracht of transactie vergt inzicht van de wetgever ten tijde van het tot stand brengen van transfer triggered milieuwetgeving, waarbij de Transfer Act, ISRA en het Vlaams Bodemdecreet als voorbeelden kunnen dienen.

30 G.A. van der Veen, *Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, Europese strategie voor bodembescherming: aardige aansprakelijkheids- en handavingsaspecten of vooral doorkruising van nationaal beleid?*, TMA 2007/2, p. 35-38, merkt over dit voorstel op p. 37 op: “Tot dusverre kent ons recht geen verplichting om bij verkoop van onroerende zaken bodemonderzoek te doen en de resultaten daarvan neer te leggen in een rapport, dat aan de koper en de overheid overhandigd dient te worden. Het staat nog te bezien in hoeverre een eventuele schending van deze bepaling bij een transactie inwerkt op de geldigheid van die transactie. Zou het ontbreken van een rapport, of een onjuist rapport, kunnen leiden tot bijvoorbeeld nietigheid of vernietigbaarheid van de transactie? De Commissie ziet de verplichting met name als ondersteuning van de lidstaten bij hun inventarisatie van verontreinigde locaties. De bepaling lijkt derhalve in elk geval niet primair de strekking te hebben om de belangen van de kopers en/of verkopers zelf te beschermen. Het lijkt er daarom vooralsnog op dat een koop/verkoop zonder (toereikend) rapport een rechtshandeling oplevert die strijdt met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.” Ik merk daarbij op dat schending van een dergelijke wettelijke bepaling uiteraard wél gevolgen kan hebben voor de rechtsverhouding tussen de contracterende partijen onderling, zelfs indien de nationale (implementatie)wet daar niets over zou regelen. Denk bijvoorbeeld aan een mogelijke schadevergoedingsactie van de koper tegen de verkoper, of aan een beroep op dwaling door de koper.

### 5.3 Is invoering van een transfer triggered milieuwet in Nederland of in de Europese Unie een serieuze overweging waard, en zo ja, onder welke omstandigheden en in welke vorm?

#### 5.3.1 Algemeen

Duidelijk is dat de invoering van een wet zoals hiervoor beschreven extra regelgeving voor het bedrijfsleven met zich mee zal brengen. Tevens brengt de invoering van dergelijke wetgeving in sommige gevallen een toename van de werklast voor het bevoegd gezag met zich mee. Deze nadelen worden echter gecompenseerd door een aantal voordelen die deze wetgeving het bedrijfsleven en de overheid te bieden heeft. Immers, zoals hiervoor al uiteengezet, biedt dergelijke wetgeving:

- (a) de koper bescherming;
- (b) schept het tot (bepaalde hoogte) rechtszekerheid voor contractspartijen ten aanzien van de verantwoordelijkstelling voor bodemverontreiniging; en
- (c) kan het een efficiënte manier zijn om het probleem van bodemverontreiniging – en het daaraan gekoppelde probleem van grond- en oppervlaktewaterverontreiniging – op te lossen.<sup>31</sup>

Dit laatste punt komt bij dit type van wetgeving duidelijk naar voren: in geval van een overdracht of bedrijfsovername zoals beschreven in de transfer triggered milieuwet moet de bodem worden onderzocht, en moeten de partijen betrokken bij de overdracht of bedrijfsovername iets aan het probleem gaan doen.<sup>32</sup> In de Amerikaanse staat New Jersey is ECRA/ISRA een heel effectieve wet in deze zin gebleken, die ervoor heeft gezorgd dat er veel bedrijfsterreinen in de staat New Jersey zijn gesaneerd.<sup>33</sup> De effectieve uitwerking in de zin dat het aantal bodem-

31 M.B. Gerrard, 'A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance', in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435, merkt daarover op: "The experience to date with the incentives for site investigation provided by the liability scheme for hazardous substances suggests that this mechanism could become a powerful tool for identifying noncompliance with environmental laws and, in many cases, correcting it."

32 Overigens, in geval van de oprichting of beëindiging van een inrichting in Nederland, waarop het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer toepasselijk is, en waarin bodembedreigende activiteiten worden verricht, geldt artikel 2.11 van dit besluit, luidende: "(1) Indien in de inrichting een bodembedreigende activiteit wordt verricht, wordt uiterlijk binnen drie maanden na oprichting van de inrichting, een rapport met de resultaten van een onderzoek naar de bodemkwaliteit toegestuurd aan het bevoegd gezag. (...) 3. Indien in de inrichting een bodembedreigende activiteit is verricht wordt uiterlijk binnen zes maanden na beëindiging van de inrichting of na beëindiging van het opslaan van vloeibare brandstof of afgewerkte olie in een ondergrondse opslagtank, een rapport met de resultaten van een bodemonderzoek toegezonden aan het bevoegd gezag. (...) 5. Indien uit het rapport, bedoeld in het derde lid, blijkt dat de bodem als gevolg van de activiteiten in de inrichting is aangetast of verontreinigd, draagt degene die de inrichting drijft er zorg voor dat binnen zes maanden na toezending van dat rapport aan het bevoegd gezag de bodemkwaliteit is hersteld tot: a. de situatie of verandering van de inrichting voor zover die situatie is vastgelegd in een rapport; b. de achtergrondwaarden als bedoeld in het Besluit bodemkwaliteit indien er geen rapport als bedoeld in onderdeel a beschikbaar is. Herstel vindt plaats zover dat met de best beschikbare technieken redelijkerwijs haalbaar is."

33 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation, Law, Science, and Policy*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, merken hierover op (p. 239): "New Jersey officials maintain that ECRA produced significant environmental benefits, including far more dump site cleanups in that →

saneringen toeneemt, kan vooral van belang zijn in het geval het aantal bodemsaneringen dat in Nederland wordt uitgevoerd laag ligt. In Nederland blijkt dat, en dit is ook de achtergrond van de invoering van de kwalitatieve wettelijke bodemsaneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters (zie art. 55b Wbb), toch wel het geval te zijn.<sup>34</sup> Ook de steeds gewijzigde bodembeschermingswetgeving, met als voorlopig eindstadium de invoering van een kwalitatieve wettelijke saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van grond in Nederland, wijst erop dat dit probleem nog steeds niet is opgelost in Nederland. Of dit ook in andere Lidstaten binnen de Europese Unie het geval is, is door mij niet onderzocht. Het lijkt er in elk geval op dat ook in andere Lidstaten binnen de Europese Unie het aantal uitgevoerde bodemsaneringen niet bijzonder hoog ligt.<sup>35</sup> Wel is in Vlaanderen dus al een transfer triggered milieuwet toepasselijk, het Vlaams Bodemdecreet.

Met deze achtergrond in gedachte, plus de omstandigheid dat wij in Nederland al naar een kwalitatieve wettelijke saneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters van grond zijn overgestapt, zou de stap naar een transfer triggered milieuwet geen grote meer zijn. Dit zal helemaal het geval zijn indien art. 12 van het voorstel van een Kaderrichtlijn Bodem uiteindelijk zou worden geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. Daarnaast kan de environmental transfer trigger gemakkelijker worden ingevoerd indien daarbij wordt gewerkt met overheids-subsidies, een methode die in Nederland in het algemeen veel meer is aanvaard in vergelijking met de Verenigde Staten, en die ook nu al in Nederland wordt toegepast. Zie het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

Ik stel daarnaast als, mijns inziens redelijke, voorwaarde dat de transfer triggered milieuwetgeving marktpartijen niet al te zeer mag belemmeren bij bedrijfsovernames. Dit is niet zozeer een politiek uitgangspunt, maar meer een praktische voorwaarde. Ook in de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut en in Vlaanderen,<sup>36</sup> waarbij toch vooral de wetgever in de staat New Jersey zich als pro-milieu

---

state than the Superfund program produced. By the end of 1991, a total of 1,759 remedial actions costing more than \$ 478 million had been undertaken pursuant to New Jersey's Environmental Cleanup Responsibility Act (ECRA). New Jersey officials attribute ECRA's success to the fact that it avoids expensive disputes over who is at fault for contamination by internalizing the cost of cleanup in the property transfer transaction. As the New Jersey Supreme Court noted, "the statute focuses on the environmental wrong, not the wrongdoer. Identification of the polluter plays no part in the ECRA process, which imposes a 'self-executing duty to remediate'." In re Adoption of N.J.A.C. 7:26B, 608 A.2d 288, 291 (N.J. 1992)." Volgens de heer Grosch, supervisor bij het NJDEP, worden er thans ongeveer 520 tot 550 nieuwe dossiers/zaken per jaar aan het NJDEP aangeboden. Deze informatie is door hem aan mij verstrekt tijdens het gesprek dat ik met hem had in Trenton (NJ) op 26 februari 2007, ten kantore van het NJDEP.

34 Zie M. in 't Veld, 'De bodemaanpak in Nederland in Europees perspectief', *Bodem* 2005/6, p. 230-232.

35 Zie M. in 't Veld, 'De bodemaanpak in Nederland in Europees perspectief', *Bodem* 2005/6, p. 230-232.

36 In het Vlaams Bodemdecreet is inmiddels ook een versnelde overdrachtsprocedure opgenomen, zie art. 115 Vlaams Bodemdecreet. De overdracht kan reeds plaatsvinden na het uitvoeren van een oriënterend en beschrijvend bodemonderzoek waarbij, indien er sprake is van bodemverontreiniging, de verwerver (1) jegens de OVAM een verbintenis moet aangaan om een bodemsaneringsproject op te stellen en de verdere bodemsanering en de eventuele nazorg uit te voeren, en (2) financiële zekerheid moet stellen ter waarborg van de uitvoering van zijn saneringsverplichtingen.

wetgever heeft gemanifesteerd gedurende de afgelopen decennia, is de wetgever uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat de transfer triggered milieuwetgeving niet al te zeer vertragend mag werken. De wettelijke verplichtingen rustende op de verkoper of koper moeten gemakkelijk zijn in te passen in de gangbare praktijk van bedrijfsovernames, waarbij vaak professioneel onderzoek (due diligence onderzoek) wordt gedaan naar onder andere de bodemgesteldheid. Een wettelijke verplichting tot bodemonderzoek en bodemsanering in geval van een bedrijfs-overname bevordert de rechtszekerheid voor de betrokken partijen, en voorkomt onnodige gerechtelijke procedures ten aanzien van de vraag wie aansprakelijk of verantwoordelijk is voor de bodemsanering(skosten). Daarnaast beëindigt dit soort wetgeving de discussie over de reikwijdte en mogelijke schending van de mededelingsplicht rustende op de verkoper of de onderzoeksplicht rustende op de koper zoals voortvloeiende uit het Nederlandse civiele recht (art. 7:17 BW).<sup>37</sup> Dit uiteraard mits de transfer triggered milieuwetgeving duidelijk is geformuleerd en geen hiaten heeft.

Deze voorwaarden in beschouwing nemende, in welke vorm zou een transfer triggered milieuwet in Nederland een nuttig en effectief wettelijk instrument kunnen zijn? Momenteel is er, zoals gezegd, al een wettelijke bepaling in de Wbb opgenomen waarin rekening wordt gehouden met een bedrijfsovername en bedrijfsopvolging, zie art. 55b lid 3 Wbb (financiële zekerheidstelling). Dit is echter een beperkte wettelijke regeling, waarbij er mogelijkheden tot wetsontduiking blijven bestaan, zie daarover par. 3.3.2.3.

Ik denk dat er, mede gezien de ervaringen in de Amerikaanse staat New Jersey, in elk geval moet worden gekozen voor flexibele wetgeving. Bijvoorbeeld vergelijkbaar met de Transfer Act toepasselijk in de staat Connecticut. Hoe zou een dergelijke wet er in Nederland, of wellicht op Europees niveau, uit kunnen zien? Ik beperk mij hierna tot het geven van de hoofdlijnen waaraan de nieuwe wetgeving mijns inziens zou moeten voldoen wil zij succesvol zijn. Ik pretendeer hier niet om tot in detail een nieuw wetsvoorstel te formuleren. Er zijn namelijk vele verschillende keuzes mogelijk ten aanzien van de details. Deze keuzes op het niveau van details doen echter niet af aan de algemene systematiek dan wel aan de achterliggende doelen van dit specifieke systeem van wetgeving. Wel kunnen enkele in hoofdstuk 4 besproken wetten (ISRA, de Transfer Act en het Vlaams Bodemdecreet) tot voorbeeld dienen.

### 5.3.2 *Plaats in de wet van de environmental transfer trigger*

De environmental transfer trigger zou zowel in het BW als in een milieuwet – waarbij de Wbb het meest voor de hand ligt – kunnen worden opgenomen. Indien de transfer trigger alleen een wettelijke mededelingsverplichting omvat (zie par.

---

<sup>37</sup> Zie par. 7.2.2.



5.5 hierna), zou een dergelijke plicht in Boek 7 BW kunnen worden opgenomen. Een meer uitgebreide environmental transfer trigger, waarbij ook een saneringsplicht wordt gekoppeld aan het moment van overdracht, zou gezien de bestuursrechtelijke aspecten van een dergelijke wet, beter in de Wbb kunnen worden ingepast. Indien de environmental transfer trigger breder wordt ingezet, dat wil zeggen niet alleen op bodemverontreiniging betrekking heeft (zie par. 5.6), kan de regeling worden opgenomen in de Wm. Ook New Jersey's ISRA, Connecticut's Transfer Act en het Vlaams Bodemdecreet zijn onderdeel van milieurechtelijke wetgeving in die staten.

### 5.3.3 *Verhouding tot andere (milieu)wetten*

Een transfer triggered milieuwet heeft duidelijk een op andere wettelijke regelingen aanvullend karakter. Immers, ook in gevallen buiten (bedrijfs)overdracht moet de overheid de mogelijkheid hebben om veroorzakers, eigenaren of erfpachters te verplichten tot het uitvoeren van bodemsanering. Een dergelijke nieuwe wettelijke regeling is dus complementair aan al bestaande milieuwetgeving, zoals art. 55b, art. 63k, art. 13, art. 43 en art. 46 Wbb.

### 5.3.4 *Formulering van de definities in de wet*

Zoals hiervoor al een aantal keren is benadrukt, is de formulering van de wettelijke definities van groot belang voor het succesvol kunnen toepassen van een transfer triggered milieuwet. Ten eerste zal moeten worden nagegaan welke industriële bedrijven er onder de toepasselijkheid van deze wet zouden moeten vallen. Toepasselijkheid in geval van de overdracht van een inrichting in de zin van de Wm is naar ik meen té vergaand. Daardoor zouden immers zeer veel bedrijven onder de toepasselijkheid van de transfer triggered milieuwet vallen, ook bedrijven die geen gevaar voor de bodem met zich mee (kunnen) brengen. Ook tijdelijke werkzaamheden vallen bijvoorbeeld soms onder het begrip inrichting in de zin van de Wm. Zie over het begrip inrichting uitgebreid hoofdstuk 2. Het begrip inrichting is van belang indien er een milieuvergunning wordt verleend of om na te gaan welke algemene milieuregels op grond van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer toepasselijk zijn. Het begrip inrichting ziet niet zozeer op situaties waarin sprake is van bodemverontreiniging en bodemsanering. Dan zijn de regels van de Wbb toepasselijk, waarbij het begrip inrichting geen rol speelt.

Een mogelijkheid is om alle bedrijven zoals beschreven in het nieuwe art. 55a Wbb onder de nieuwe transfer triggered wetgeving te laten vallen. Dit zou op zich logisch zijn, aangezien op dit soort bedrijven ook (potentieel) de kwalitatieve wettelijke saneringsplicht in geval van ernstige bodemverontreiniging die spoedige sanering vereist rust.

Indien niet bij een dergelijke bestaande regeling wordt aangehaakt, zal een nieuwe wettelijke definitie moeten worden geformuleerd. Het nadeel van het formule-

ren van een nieuwe wettelijke definitie is dat dit de overzichtelijkheid van de milieuwetgeving in Nederland niet bevordert.

Hetzelfde geldt in meer of mindere mate ten aanzien van de overige definities in een dergelijke wet, waarvan een belangrijke die van overdracht of transactie zal zijn. Ter voorkoming van onduidelijkheid, zal daarbij naar mijn mening voor de term transactie moeten worden gekozen. De term overdracht is immers al gedefinieerd in het BW (art. 3:83 e.v. BW). Bij de definiëring van de term transactie moet aandacht worden besteed aan bijvoorbeeld de vraag of een aandelentransactie en de overgang van overeenkomsten, bijvoorbeeld een huurovereenkomst, onder de definitie vallen. Om te voorkomen dat bepaalde transacties niet onder de toepasselijkheid van de wet vallen, hetgeen ontduikingsconstructies zou kunnen bevorderen, komt het de duidelijkheid van de wet ten goede om bij de definiëring van een transactie de gebeurtenissen die de wet toepasselijk doen zijn specifiek op te nemen in de transfer triggered milieuwet. Art. 12 van het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem van de Europese Commissie van 22 september 2006 spreekt trouwens over een 'site (...) to be sold', een 'prospective buyer' en een 'other party in the transaction'. De Kaderrichtlijn Bodem laat dus, zoals in par. 3.5.1 al opgemerkt, nogal wat onduidelijkheid bestaan. In nationale (wellicht in de toekomst: implementatie) wetgeving, dient hier dus uitdrukkelijk wél duidelijkheid over te worden gegeven.

#### 5.3.5 *Toepasselijke procedures*

Indien de definities goed zijn vastgelegd, dient vervolgens een keuze te worden gemaakt ten aanzien van de toepasselijke procedures. In de staat New Jersey is dat een heikel punt gebleken. Thans wordt in de staat New Jersey gewerkt met een methode waarbij allerlei uitzonderingen worden gemaakt op de hoofdregel, zie daarover par. 4.4.2.3 en par. 4.4.2.4. Deze uitzonderingen zijn noodzakelijk, aangezien de hoofdregel van ISRA een erg vergaande saneringsverplichting op de verkoper legt. Om de flexibiliteit te waarborgen en een snelle afronding van de bedrijfsovername te bevorderen, moeten er noodgedwongen meerdere uitzonderingen in ISRA worden geformuleerd. Deze wettelijke uitzonderingen zijn overigens ingevoerd nadat ISRA's voorganger, ECRA, daarover onduidelijkheid had laten bestaan, welke onduidelijkheid in de praktijk tot problemen leidde.

Een systeem zoals toepasselijk in staat Connecticut heeft als voordeel dat niet allerlei uitzonderingen op de standaardprocedures hoeven te worden gemaakt. Het werken met een aantal standaardformulieren (Forms I tot en met IV), toegesneden op verschillende situaties, is overzichtelijk te noemen. Een dergelijke procedure zou ook in Nederland of binnen de Europese Unie kunnen worden ingevoerd.

### 5.3.6 *Flexibiliteit van de wet*

Niet alleen de overzichtelijkheid van de Transfer Act, maar ook de flexibiliteit van het systeem van de Transfer Act heeft voordelen: partijen kunnen zelf onderling afspreken wie de sanering voor haar rekening neemt (de zogenaamde ‘certifying party’). De overheid moet daarvan op de hoogte worden gesteld en houdt toezicht op de naleving van hetgeen de certifying party via het toepasselijke standaard formulier (met name de standaard formulieren III en IV zijn van belang) heeft toegezegd te doen. Het nagaan of de certifying party het juiste formulier heeft ingevuld wordt naast het toezicht van de LEPs steekproefsgewijs uitgevoerd door de overheid (CDEP). In elk geval neemt één van de bij de transactie betrokken partijen de eindverantwoordelijkheid voor de bodemsanering op zich.

Dit is nog niet het hele verhaal. Er blijven nog een paar belangrijke onderdelen over die in de transfer triggered milieuwet moeten worden geregeld, wil de wet effectief en duidelijk zijn. Ik noem hier drie onderdelen die mijns inziens van belang zijn:

- (a) wie houdt toezicht op de naleving van de wettelijke procedures en de verplichtingen die daar voor een partij uit voortvloeien (zie par. 5.3.7);
- (b) welke bezwaar- en beroepsprocedures zijn er (zie par. 5.3.8); en
- (c) welke sanctie dient er te staan op overtreding van de wettelijke bepalingen en verplichtingen voortvloeiende uit de wet (zie par. 5.3.9)?

### 5.3.7 *Toezicht op de naleving van de transfer triggered milieuwet en de uit die wet voortvloeiende verplichtingen*

In de staat Connecticut is het toezicht op de naleving van de saneringsverplichting zoals voortvloeiende uit de Transfer Act in belangrijke mate geprivatiseerd via de inschakeling van LEPs. In de staat New Jersey vindt het toezicht plaats via de overheid (NJDEP). Invoering van een beperkt LEP-systeem heeft ook in de Amerikaanse staat New Jersey plaatsgevonden. Het systeem in de staat Connecticut met betrekking tot de inschakeling van LEPs blijkt, zover ik heb kunnen nagaan,<sup>38</sup> goed te functioneren. In de staat New Jersey blijkt het inschakelen van LEPs, zoals gezegd, minder vaak voor te komen. Dat lijkt met name te komen vanwege de beperktere mogelijkheden tot inschakeling van een LEP én de angst van LEPs om persoonlijk aansprakelijk te worden gesteld door het NJDEP in het geval zij fouten hebben gemaakt bij de uitvoering van het toezicht (zie daarover par. 5.2.2).

Ook in art. 12 van de door de Europese Commissie voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem komt de bodemdeskundige terug. Art. 12 lid 2 van de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem spreekt over een “authorised body or pers-

---

38 Via bestudering van de Amerikaanse literatuur en de gesprekken gevoerd in de staat Connecticut.

on appointed by the Member State” die het bodemrapport moet opstellen. In Vlaanderen heeft de bodemsaneringsdeskundige belangrijke bevoegdheden in het kader van het daar toepasselijke Vlaams Bodemdecreet. Een bodemsaneringsdeskundige is een onafhankelijke deskundige erkend door de Vlaamse Regering.<sup>39</sup> De (voorwaarden tot) erkenning, taken, en schorsing of opheffing van de erkenning als bodemsaneringsdeskundige zijn uitgebreid geregeld in de art. 27-46 van het Vlaams Bodemreglement.

Het is de vraag hoe moet worden omgegaan met de dubbelrol van de gecertificeerde milieudeskundige als toezichthouder namens de overheid, én als opdrachtnemer van de opdrachtgevende verkoper. Het concept is echter uitvoerbaar. Ook bijvoorbeeld accountants verrichten toezichthoudende werkzaamheden ten aanzien van bijvoorbeeld de jaarrekening opgesteld ten behoeve van vennootschappen, en voeren daarmee een soort publieke taak uit. Het idee van de invoering van een namens de overheid optredende gecertificeerde milieudeskundige is overigens niet nieuw in Nederland. Dit idee is bijvoorbeeld al in 1990 door *N.S.J. Koeman* naar voren gebracht. Hij merkte daarover destijds het volgende op:

“Zoals externe accountants de boeken van een bedrijf controleren en van hun controle publiekelijk verslag doen, zo kan men zich voorstellen dat externe controleurs – die aan bepaalde vereisten voldoen – nagaan of aan de op het bedrijf van toepassing zijnde regels – dan wel, mogelijk voorlopig, aan een deel van die regels dat gemakkelijk te controleren is – is voldaan. Alleen al wanneer jaarlijks zou worden nagegaan of alle aan het bedrijf opgelegde middelvoorschriften ook daadwerkelijk zijn nageleefd – en die controle is betrekkelijk simpel – zou dat het milieu ongetwijfeld ten goede komen en de overheid de gelegenheid geven de overheidscontrole te richten op andere, misschien moeilijker te achterhalen aangelegenheden. Reeds thans treft men in milieuvergunning[en] soms een verplichting om door een externe deskundige controle te laten verrichten. Zo kan men ook nu al voorschriften tegenkomen die een vergunninghouder verplichten om, wanneer de vergunning voorschrijft om binnen een bepaalde tijd bepaalde doelvoorschriften in acht te nemen, een door een externe deskundige opgesteld saneringsplan over te leggen, waarin staat beschreven met welke middelen die doelvoorschriften bereikt zullen worden. Ook gebeurt het dat aan een vergunninghouder de verplichting wordt opgelegd om periodiek te rapporteren omtrent de naleving van bepaalde voorschriften uit de milieuvergunning. (...) Toch zou ik menen dat het wenselijk zou zijn de geprivatiseerde controle een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te geven. (...) Een wettelijke grondslag is gewenst onder meer om te bewerkstelligen dat aan alle bedrijven in een bepaalde sector of met een bepaalde omvang eenzelfde verplichting wordt opgelegd. Voorts zou in de wettelijke regeling bepaald kunnen worden aan welke eisen de rapportage door een externe deskundige moet voldoen en aan welke eisen die deskundige zelf moet voldoen.”<sup>40</sup>

39 Art. 2 onder 30 Vlaams Bodemdecreet.

40 N.S.J. Koeman, ‘Rechtsbescherming en handhaving van milieurecht’, in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, p. 7-8.

Het grote voordeel is dat milieudeskundigen werkzaam in de private sector, vaak voor grote milieuconsultancy bedrijven, veel kennis van zaken hebben. Kennis die niet altijd in een dergelijke mate aanwezig is bij de overheid. Tevens neemt een uitbesteding van de toezichthoudende functie de overheid (het bevoegd gezag) veel werk uit handen. Dat neemt niet weg dat het bijvoorbeeld ook mogelijk is om een zelfstandige inspectiedienst op te richten, die landelijk toezicht houdt op de naleving van de transfer triggered environmental act. Het NJDEP heeft deze taak bijvoorbeeld toegewezen gekregen van de wetgever van de staat New Jersey. Ook de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem laat deze mogelijkheid open, zie art. 12 van dit voorstel. In dat geval blijft het toezicht op de naleving van de wettelijke bepalingen in handen van een overheidsdienst die bijvoorbeeld organisatorisch onder het ministerie van VROM valt. Het voordeel van het centraliseren van het overheidstoezicht, is dat de kennis wordt geconcentreerd bij één dienst, en dat het toezicht op uniforme wijze kan plaatsvinden.

*Nieuwe regelgeving in Nederland per 1 januari 2008: het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer en het Besluit bodemkwaliteit*

In Nederland zijn per 1 januari 2008 het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (zie ook par. 2.2.1) en (gefaseerd) het Besluit bodemkwaliteit in werking getreden.<sup>41</sup> Art. 2.11 van het Besluit algemene regels inrichtingen milieubeheer bepaalt onder andere dat – ten aanzien van de inrichtingen waarvoor de algemene regels in dit besluit toepasselijk zijn – een persoon of instelling die beschikt over een erkenning op grond van het Besluit bodemkwaliteit, de bodemonderzoeken, bodemrapporten en het herstel van de bodemkwaliteit (de bodemsanering) uitvoert (zie de leden 4 en 6). In het Besluit bodemkwaliteit wordt in art. 9 tot en met 25 regels gegeven ten aanzien van de erkenning van een persoon of instelling, en verboden, verplichtingen en sancties geldende ten aanzien een erkende persoon of instelling.<sup>42</sup> Een erkenning wordt verleend voor onbepaalde tijd.<sup>43</sup> De erkenning is niet overdraagbaar.<sup>44</sup> De aanvraag voor een erkenning moet vergezeld gaan met een certificaat<sup>45</sup> of accreditatie<sup>46</sup> voor de werkzaamheid.<sup>47</sup> Het

41 Besluit bodemkwaliteit, *Stb.* 2007, 469 en *Stb.* 2008, 160.

42 Zie over het Besluit bodemkwaliteit, de erkenning en accreditatie ook: [www.senternovum.nl](http://www.senternovum.nl). Zie ten aanzien van de accreditatie tevens de website van de Raad voor Accreditatie: [www.rva.nl](http://www.rva.nl).

43 Art. 9 lid 3 Besluit bodemkwaliteit. Voorheen gold het Besluit uitvoeringskwaliteit bodembeheer, waarin ook een erkenningsregeling was opgenomen.

44 Art. 9 lid 5 Besluit bodemkwaliteit.

45 Art. 1 Besluit bodemkwaliteit: "(...) Certificaat: verklaring waarmee een door Onze Minister en Onze Minister van Verkeer en Waterstaat erkende certificeringsinstelling kenbaar maakt dat gedurende een bepaalde periode een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat de hierin genoemde persoon voldoet aan het voor de certificering geldende normdocument."

46 Art. 1 Besluit bodemkwaliteit: "(...) Accreditatie: bewijs waarmee de Raad voor Accreditatie kenbaar maakt dat gedurende een bepaalde periode een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat de hierin genoemde persoon of instelling competent is voor het uitvoeren van de desbetreffende werkzaamheid."

47 Art. 10, lid 2 onder c Besluit bodemkwaliteit. Een erkenning kan worden geweigerd vanwege overtredingen van de desbetreffende persoon of instelling in de drie jaren voorafgaande aan de aanvraag, zie art. 11 lid 5 Besluit bodemkwaliteit.

is verboden een werkzaamheid uit te voeren zonder een daartoe verleende erkenning.<sup>48</sup>

In bepaalde gevallen mag een aangewezen instelling of persoon bepaalde handelingen niet verrichten, bijvoorbeeld indien hij een persoonlijk of zakelijk recht heeft op de desbetreffende bodem of grond, of indien hij een organisatorische, financiële of juridische binding heeft ten aanzien van een persoon, stof, bouwstof, product, installatie, voorziening of ander object waarop de aangewezen handeling betrekking heeft.<sup>49</sup> De erkenning kan onder bepaalde omstandigheden geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken door de ministers van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM), Verkeer en Waterstaat en Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit.<sup>50</sup>

In Nederland bestaat derhalve inmiddels een systeem waarin bepaalde personen en instellingen erkend en gecertificeerd of geaccrediteerd worden ten behoeven van het uitvoeren van bepaalde bodemonderzoeks- en saneringswerkzaamheden. En via art. 2.11 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer moeten de bodemonderzoeks- en saneringswerkzaamheden die op grond van dit Besluit moeten worden uitgevoerd, worden uitgevoerd door een persoon of instelling die erkend is op grond van het Besluit bodemkwaliteit. Deze erkenning zou naar mijn mening verder uitgewerkt en vastgelegd kunnen worden in wetgeving, bijvoorbeeld in de Wm.

#### *Voorstel voor nieuwe wetgeving met betrekking tot de gecertificeerde milieudeskundige*

In het verlengde van de in 2008 ingevoerde voormelde besluiten, wil ik hier verder ingaan op de vereisten voor de invoering van een gecertificeerde milieudeskundige. In de hiervoor in deze paragraaf geciteerde passage, snijdt *Koeman* al een aantal voorwaarden met betrekking tot de invoering van een externe milieudeskundige aan. Deze voorwaarden zijn door de wetgever in de staat Connecticut wettelijk vastgelegd in Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v. Zie over deze voorwaarden toepasselijk in de staat Connecticut par. 4.5.2. Zie voor de tekst van Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v de Bijlage bij dit boek. Hierna wordt verder ingegaan op deze vereisten.

#### **Wettelijke basis**

De taak van gecertificeerde milieudeskundigen zou naar mijn mening, evenals dat bijvoorbeeld in de staat Connecticut en in Vlaanderen het geval is, wettelijk vastgelegd moeten worden. Een wettelijke basis is mijn inziens zeker vereist indien zij

48 Art. 15 lid 1 Besluit bodemkwaliteit.

49 Art. 17 Besluit bodemkwaliteit. Uitzonderingen op deze regels zijn weergegeven in lid 3 van art. 17 Besluit bodemkwaliteit.

50 Art. 23 Besluit Bodemkwaliteit.

een toezichthoudende functie namens de overheid gaan vervullen. Een dergelijke delegatie van toezicht aan private personen/instellingen, kan ten behoeve van de duidelijkheid en status (gezag) beter wettelijk worden vastgelegd.

### **Vereisten van de gecertificeerde milieudeskundige**

Uiteraard zou niet iedereen, die zelf meent deskundig te zijn op dit gebied, zich in Nederland zonder nadere vereisten milieudeskundige in de zin van de transfer triggered environmental act mogen noemen. De milieudeskundige zou aan bepaalde voorwaarden moeten voldoen, alvorens hij een certificering verkrijgt. Te denken valt aan een minimum aantal ervaringsjaren, een minimum opleidingsvereiste,<sup>51</sup> en het verplicht afleggen van een examen alvorens een certificaat kan worden verkregen (vergelijk Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (e)). Na verkrijging van het certificaat zouden aan de milieudeskundige vereisten van permanente educatie kunnen worden gesteld.

Vervolgens kan de gecertificeerde milieudeskundige op een lijst, opgesteld door bijvoorbeeld het Ministerie van VROM, worden geplaatst. Uit de namen op deze lijst kan door de bij de transactie betrokken partijen een milieudeskundige worden uitgekozen. De status van gecertificeerde milieudeskundige heeft dan ook voor de deskundige zélf een toegevoegde waarde: alleen gecertificeerde milieudeskundigen kunnen door marktpartijen worden geselecteerd voor dergelijke opdrachten (vergelijk Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (f)). In de staat Connecticut is tevens bepaald dat de LEP zich aan bepaalde gedragsregels – vast te stellen door de minister van milieuzaken in de staat Connecticut – dient te houden.<sup>52</sup> Ook het Vlaams Bodemreglement bevat regels met betrekking tot de erkenning van een bodemsaneringsdeskundige, waaronder diverse vereisten waaraan een bodemsaneringsdeskundige moet voldoen.<sup>53</sup>

### **Toezicht op de gecertificeerde milieudeskundige in de staat Connecticut**

Uiteraard dient ook op de gecertificeerde milieudeskundige zelf weer toezicht te worden gehouden. In de staat Connecticut is dit naar mijn mening goed geregeld. Daar is door het CDEP een Board of Examiners of Environmental Professionals (Board) geïnstalleerd, die door de minister van milieuzaken van de staat Connecticut (Commissioner of Environmental Protection genaamd) wordt benoemd.<sup>54</sup> Deze Board bepaalt wie LEP wordt,<sup>55</sup> houdt toezicht op het gedrag van de LEPs, en mag ook een onderzoek naar de werkwijze van de LEPs instellen.<sup>56</sup> Indien de

---

51 Vergelijk art. 32 Vlaams Bodemreglement.

52 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (c).

53 Art. 27-46 Vlaams Bodemreglement.

54 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (b).

55 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (f).

56 Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (g).

uitkomsten van een dergelijk onderzoek ongunstig blijken te zijn, kan de Board de minister van milieuzaken van de staat Connecticut toestemming geven om de licentie van de desbetreffende LEP te schorsen, in te trekken of te weigeren. De norm waaraan de Board toetst, is in de wet als volgt vastgelegd:

“if the board (...) finds that such professional has submitted false or misleading information to the board or has engaged in professional misconduct including, without limitation, knowingly or recklessly making a false verification of a remediation (...), or violating any provision of this section or regulations adopted hereunder.”<sup>57</sup>

Dit systeem lijkt goed te zijn uitgedacht, en de ervaringen zijn tot dusverre positief in de staat Connecticut.

### **Taken van de gecertificeerde milieudeskundige**

Over de taken van een dergelijke gecertificeerde milieudeskundige is hiervoor al het een en ander opgemerkt. De deskundige houdt toezicht op het wettelijk verplicht uit te voeren bodemonderzoek en de bodemsaneringswerkzaamheden, en zal vaak zelf deze werkzaamheden (mede) verrichten. In de staat Connecticut wordt deze taak van de LEP als volgt in de wet omschreven:

““Environmental professional” means a person who is qualified by reason of his knowledge (...), to engage in activities associated with the investigation and remediation of pollution and sources of pollution including the rendering or offering to render to clients professional services in connection with the investigation and remediation of pollution and sources of pollution (...).”<sup>58</sup>

### *Mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van de gecertificeerde milieudeskundige?*

De LEP moet zich in de staat Connecticut aan bepaalde gedragsregels en normen houden.<sup>59</sup> Daarop kan hij worden aangesproken. Indien hij zich niet aan deze gedragsregels en normen houdt, kan bijvoorbeeld zijn licentie worden ingetrokken. Het lijkt niet erg voor de hand liggend dat de gecertificeerde milieudeskundige snel persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden door de overheid in die gevallen waarin bodemonderzoek en de bodemsanering achteraf niet goed blijken te zijn uitgevoerd. Dan zou het gevaar ontstaan dat milieudeskundigen niet meer bereid zijn tot het uitvoeren van dergelijke taken. Dit zou één van de redenen kunnen zijn waarom het systeem van LEPs in de staat New Jersey niet goed werkt. De

---

<sup>57</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (g).

<sup>58</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (a)(1).

<sup>59</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v (c), eerste volzin, luidt: “A licensed environmental professional shall perform his duties in accordance with the standard of care applicable to professionals engaged in such duties.” Vergelijk ook art. 36 Vlaams Bodemreglement.



gecertificeerde milieudeskundige kan wellicht wel als opdrachtnemer door zijn opdrachtgever privaatrechtelijk kunnen worden aangesproken vanwege het niet goed uitvoeren van zijn taak, waardoor de opdrachtgever (de verkoper) uiteindelijk schade heeft geleden.

*Aandachtspunten bij de invoering van een systeem van gecertificeerde milieudeskundigen*

Hiervoor is al iets opgemerkt over de dubbelrol van de gecertificeerde milieudeskundige. Er zijn nog een aantal aspecten die de aandacht verdienen. Ik noem hier de volgende aandachtspunten:

- Het gevaar kan bestaan dat marktpartijen steeds dezelfde gecertificeerde milieudeskundigen uitkiezen. Dit kunnen zij wellicht met een bepaalde reden doen, bijvoorbeeld omdat bekend is dat de desbetreffende deskundige een ‘soepele’ houding heeft, en minder streng is vergeleken andere gecertificeerde milieudeskundigen. Ook kan dit verschijnsel te maken hebben met de deskundigheid van de desbetreffende milieudeskundige en de onderzoeksmethode die hij hanteert, of met de hoogte van de door hem gevraagde beloning. Een oplossing is om een ‘level playing field’ tussen de gecertificeerde milieudeskundigen te creëren door middel van het invoeren van een vast roulatiesysteem, dan wel om een lotingsstelsel te introduceren.
- Ter voorkoming van een monopoliepositie van een gecertificeerde milieudeskundige moet er een redelijke mate van keuze voorhanden zijn. Er zal daarom een redelijk grote groep van gecertificeerde deskundigen geregistreerd moeten staan, werkzaam bij meerdere bedrijven. Gezien de redelijk grote hoeveelheid milieudeskundigen werkzaam in Nederland, zou dit geen probleem hoeven te zijn in Nederland.
- Met betrekking tot de vergoeding van de werkzaamheden van de gecertificeerde milieudeskundige: het is de vraag of dit een open dan wel juist een vastgesteld tarief moet zijn. Een vastgesteld tarief verhoogt de gelijkwaardigheid tussen de deskundigen, en voorkomt dat die deskundige die het laagste tarief berekent steeds wordt uitgekozen door marktpartijen.
- De aansprakelijkstelling van de gecertificeerde milieudeskundige kan verder worden beperkt door het vereiste te stellen dat de gecertificeerde milieudeskundige alleen mag optreden via een vennootschap (BV of NV), en niet als natuurlijk persoon. Voorts is het denkbaar dat de gecertificeerde milieudeskundige verplicht een beroepsverzekering moet afsluiten.
- Er zou de mogelijkheid moeten bestaan tot het kunnen vragen van een zogenaamde second opinion, zodat de opdrachtgever die de bevindingen van de gecertificeerde milieudeskundige in twijfel trekt, een tweede gecertificeerde milieudeskundige kan inschakelen.

### 5.3.8 *Mogelijkheden van bezwaar en beroep tegen beschikkingen van het bevoegd gezag*

De mogelijkheden van bezwaar en beroep tegen bepaalde beslissingen van het bevoegd gezag, bijvoorbeeld ten aanzien van het onthouden van goedkeuring, moeten naar mijn mening in de transfer triggered milieuwet worden opgenomen. Dit past in een systeem van checks and balances, waarbij bestuursrechtelijke beslissingen getoetst kunnen worden door een rechter. Dergelijke procedures zullen, naar mijn inschatting, niet vaak voorkomen bij dit soort wetgeving, aangezien de bij de bedrijfsovername betrokken partijen de overname meestal niet willen vertragen en met het bevoegd gezag tot overeenstemming willen komen. Alleen indien andere personen, bijvoorbeeld omwonenden, in het kader van de transfer triggered milieuwet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, kan dit voor vertraging zorgen. De bedrijfsovername wordt door het ontbreken van overheidstoestemming in dit systeem echter niet gehinderd. Het is raadzaam in de wet op te nemen dat de overheid de transactie niet mag vernietigen. In de staat New Jersey is deze vergaande mogelijkheid in ECRA in 1993 ten tijde van de invoering van ISRA geschrapt. Wél zou een overtreding beboet moeten kunnen worden, zie daarover de volgende paragraaf.

### 5.3.9 *Sancties op niet naleving van de wet*

Welke sancties dienen er te staan op niet naleving van de wet? Deze vraag is met name van belang, aangezien er op de partijen zélf verantwoordelijkheden rusten, zoals het melden van de civielrechtelijke gebeurtenis die de wet toepasselijk doet zijn, en het correct weergeven van de huidige gesteldheid van de bodem naar het bevoegd gezag toe. Niet ongebruikelijk in de milieuwetgeving is om overtreding van de wet aan te duiden als een economisch delict. Wat betreft de mogelijkheden van de verkeerd voorgelichte koper: de transfer triggered milieuwet zou kunnen bepalen dat de verkoper/rechtsvoorganger gehouden is tot nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de wettelijke bepalingen zoals vastgelegd in de wet. Daarnaast kan de wet een verwijzing geven naar de bepalingen in het BW, zodat de verkoper/rechtsvoorganger ook civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die de koper/rechtsopvolger vanwege de overtreding van de wettelijke voorschriften lijdt.

De mogelijkheid van nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst door de koper/rechtsopvolger vanwege het niet goed nakomen van de verplichtingen voortvloeiende uit de transfer triggered milieuwet door de verkoper/rechtsvoorganger, is naar ik meen vaak een té vergaand middel. Met name in het geval er sprake is van een bedrijfsovername. In de Amerikaanse staat New Jersey bestond onder ECRA zowel voor de koper als voor het NJDEP de mogelijkheid tot vernietiging van de transactie/koopovereenkomst ingeval van niet naleving van de verplichtingen voortvloeiende uit ECRA door de verkoper (zie daarover par. 4.4.1.1). De mogelijkheid van vernietiging door het NJDEP werd als té vergaand beschouwd, en is met de invoering van ISRA in 1993 geschrapt. Onder ISRA mag

de koper/rechtsopvolger de transactie alleen vernietigen, nadat zij de verkoper/rechtsopvolger eerst een redelijke termijn heeft geboden om alsnog aan de verplichtingen voortvloeiende uit ISRA te voldoen.<sup>60</sup> Connecticut's Transfer Act kent een dergelijke bepaling niet. De koper/rechtsopvolger kan de overtreding van de Transfer Act door de verkoper/rechtsvoorganger (uiteeraard) wél als argument inbrengen in een civielrechtelijke procedure ter ondersteuning van bijvoorbeeld een vordering tot schadevergoeding.

Het Vlaams Bodemdecreet kent ook diverse sanctiebepalingen in geval van niet naleving van de regels van het Vlaams Bodemdecreet. Deze sanctiebepalingen zijn verstekkend. De verwerver kan onder omstandigheden de overdracht zelfs vernietigen (art. 116 Vlaams Bodemdecreet). Ook strafrechtelijk kan er, in geval van overtreding van de voorschriften vastgesteld bij of krachtens het Vlaams Bodemdecreet, worden gestraft tot maximaal 5 jaar gevangenisstraf of met een geldboete van maximaal 10 miljoen euro (art. 173 Vlaams Bodemdecreet).

#### **5.4 Invoering van een transfer triggered milieuwet zoals hiervoor beschreven: wat zijn de mogelijke consequenties voor de overnamepraktijk?**

Indien een transfer triggered milieuwet zoals hiervoor omschreven in Nederland of in de Europese Unie wordt ingevoerd, zijn de mogelijke consequenties voor de Nederlandse of Europese bedrijfsovernamepraktijk mijns inziens beperkt te noemen. Partijen moeten weliswaar verplicht een bodemonderzoek verrichten ten tijde van de bedrijfsovername, maar dat gebeurt thans ook al vaak in de praktijk, en is tegenwoordig ook niet erg duur meer. Tevens kunnen partijen betrokken bij de bedrijfsovername in het voorgestelde systeem zélf bij het bevoegd gezag aangeven wie aansprakelijk zal zijn voor de nakoming van de verplichtingen voortvloeiende uit de transfer triggered milieuwet.

Contractueel kunnen partijen uiteraard afspraken maken ten aanzien van de saneringskosten. Bijvoorbeeld, dat de koper de saneringswerkzaamheden gaat uitvoeren en dus naar het bevoegd gezag toe diegene is die aangesproken kan worden tot naleving van de wettelijke regels voortvloeiende uit de transfer triggered milieuwet. Contractueel kunnen partijen ook afspreken dat juist de verkoper alle of een gedeelte van de desbetreffende saneringskosten voor zijn rekening neemt.<sup>61</sup> Daarnaast zal de saneringsverplichting op grond van een transfer triggered milieuwet kunnen aansluiten bij de huidige saneringsverplichting van art. 37 Wbb: alleen verplichte sanering op het moment van transactie indien er sprake is van ernstige bodemverontreiniging. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de sane-

---

<sup>60</sup> N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-13 (a).

<sup>61</sup> Dit is ook mogelijk in de staten met transfer triggered milieuwetgeving in de Verenigde Staten.

ringsurgentie géén overheersende rol meer hoeft te spelen. De verplichting tot het uitvoeren van bodemonderzoek en eventuele bodemsanering hangt immers samen met de civielrechtelijke gebeurtenis – de transactie zoals geformuleerd in de transfer triggered milieuwet – en niet zozeer met de mate van saneringsurgentie.

De transfer triggered milieuwetgeving zorgt er derhalve voor dat:

- (a) de koper ten tijde van een bedrijfsovername wordt ingelicht met betrekking tot de mogelijke bodemvervuiling;
- (b) één van de partijen betrokken bij de bedrijfsovername naar het bevoegd gezag toe de verplichting tot bodemsanering, indien de grond inderdaad ernstig vervuild blijkt te zijn, op zich neemt; én
- (c) het lokale bevoegd gezag geen besluit hoeft te nemen zoals bedoeld in art. 37 Wbb. Op deze manier wordt de verantwoordelijkheid bij de markt-/contracts-partijen zelf gelegd, en wordt voorkomen dat het lokale bevoegde gezag vanwege andere belangen wellicht terughoudend is wat betreft het nemen van een besluit zoals bedoeld in art. 29 Wbb en art. 37 Wbb.

Indien de hiervoor beschreven wetgeving niet wenselijk of als te vergaand wordt beschouwd door de Nederlandse of Europese wetgever, bestaat er ook de mogelijkheid tot het opnemen van een wettelijke mededelingsplicht voor de verkoper met betrekking tot de (mogelijke) aanwezigheid van bodemverontreiniging in het te verkopen industriële terrein. Een dergelijke verplichting is ook in het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem van de Europese Commissie uit 2006 terug te vinden (art. 12).<sup>62</sup> In de volgende paragraaf wordt verder ingegaan op deze mogelijkheid.

### **5.5 Invoering van een wettelijke mededelingsplicht van de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger met betrekking tot de (mogelijke) aanwezigheid van bodemverontreiniging**

De reikwijdte van de mededelings- en onderzoeksplichten zoals die volgens de civiele rechtspraak in Nederland op de verkoper respectievelijk de koper rusten, is soms onduidelijk. Dit blijkt ook uit de grote hoeveelheid jurisprudentie dienaangaande ten aanzien van de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte.<sup>63</sup> In par. 7.2.2 wordt verder ingegaan op de onduidelijkheden op dit punt in het Nederlandse recht.

<sup>62</sup> Zie over de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem uitgebreider par. 3.5.1.

<sup>63</sup> Zie voor een overzicht van deze problematiek bijvoorbeeld P. Klik, 'Koop van (verontreinigd) onroerend goed', *M&R* 2002/3, p. 73-83.

Om aan deze onduidelijkheid ten aanzien van de mededelings- en onderzoeks-plichten wat betreft de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging een eind te maken, zou er een wettelijke mededelingsplicht op de verkoper kunnen worden gelegd. Op dit punt – het kenbaar maken van de aanwezigheid van bodemverontreiniging aan een (potentiële) koper – zijn in Nederland al wel verbeteringen zichtbaar. Vergelijk bijvoorbeeld art. 55 Wbb (zie par. 3.3.6). Ook zijn er al databanken via het internet toegankelijk, waarin wordt aangegeven waar bodemonderzoek en bodemsanering in Nederland heeft plaatsgevonden, of zal gaan plaatsvinden.<sup>64</sup> Voorts zijn er uiteraard al veel bodemonderzoeken in Nederland in het verleden verricht, die soms alleen nog een update behoeven.<sup>65</sup>

In geval van toepasselijkheid van een wettelijk vastgelegde mededelings- en onderzoeksplicht van de verkoper/rechtsvoorganger, hoeven de verkoper/rechtsvoorganger en de koper/rechtsopvolger niet door een saneringstraject op het moment van bedrijfsovername. Zij hoeven zich ook niet te verplichten tot bodemsanering tijdens, of op (korte) termijn ná de overdracht. Het onderwerp ‘bodemverontreiniging’ moet echter wel duidelijk aan bod komen tijdens de overnameonderhandelingen. Omdat het hier slechts onderzoeks- en mededelingsverplichtingen betreft, kan de informatieverstrekking veel breder zijn dan alleen de aanwezigheid van ernstige bodemverontreiniging: de informatieverstrekking kan betrekking hebben op alle soorten van bodemverontreiniging en op bijvoorbeeld het openbaar maken van alle soorten bedrijfsactiviteiten verricht door de verkoper/rechtsvoorganger waarbij in het verleden stoffen zijn gebruikt op het desbetreffende bedrijfsterrein die eventueel bodemverontreiniging veroorzaakt (zouden kunnen) hebben. Daarbij zal van de verkoper een wettelijk vastgelegde onderzoeksplicht mogen worden verwacht, zodat alle mogelijke gevaren goed in kaart worden gebracht vóórdat de verkoop plaatsvindt.

Doel van dergelijke wettelijke openbaarmakingsplichten wat betreft de milieuaspecten van het te verkopen perceel grond of bedrijf, is om de potentiële koper optimaal geïnformeerd te laten zijn op het moment van koop. Partijen kunnen daarna onderhandelen over de koopprijs, de contractuele garanties en vrijwaringen, of eventueel over de door de koper of verkoper te ondernemen werkzaamheden vóór of ná het moment van overdracht. Zie over deze contractuele aspecten uitgebreid hoofdstuk 7. Daardoor zou de marktwerking tevens effect kunnen hebben op het bevorderen van bodemsanering of het voldoen aan andere milieu(vergunnings)voorschriften. Dit effect kan vooral worden versterkt indien de desbetreffende rapportages ook verplicht aan het bevoegd gezag worden geopenbaard ten tijde van de (bedrijfs)overdracht. Dán zullen de contracterende partijen deze plicht immers serieus nemen, aangezien een ongunstige uitkomst van het bodemonderzoek het

---

64 Zie <http://www.bodemloket.nl/bodemloket/map/map.asp> en <http://geocement.esrinl.com/bodemloket/bodemloket.html> (alleen de provincie Utrecht).

65 Bijvoorbeeld op grond van het Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen van 25 september 1993. Zie met name art. 4 van dit Besluit en de Bijlage bij dit Besluit.

bevoegd gezag zal alarmeren. De systematiek waarbij het bodemonderzoek uitgevoerd op het moment van overdracht tevens aan het bevoegd gezag moet worden overgelegd, is ook door de Europese Commissie gevolgd in haar in voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem (zie daarover par. 3.5.1 en par. 5.2.2).

In par. 4.7 zijn een aantal van deze wettelijke mededelingsverplichtingen rustende op de verkoper zoals al geruime tijd toepasselijk in de Amerikaanse staten California, Indiana, Michigan, Oregon, Pennsylvania en West Virginia beschreven. Deze wettelijke mededelingsverplichtingen verschillen onderling ook weer, net als de verder reikende transfer triggered milieuwetgeving in de staten New Jersey en Connecticut onderling van elkaar verschillen. Wat de wetgeving met een plicht tot mededeling in de zes hiervoor genoemde Amerikaanse staten betreft, zijn de regelingen in de staten California en Indiana het meest uitgebreid. De wettelijke mededelingsplichten gelden, zoals eerder gezegd, naast de mededelingsplichten voortvloeiende uit het privaatrecht zoals toepasselijk in de desbetreffende staten.

Deze wettelijke mededelingsverplichtingen voor de verkoper/rechtsvoorganger zijn in voormelde Amerikaanse staten in de wet opgenomen om duidelijkheid te scheppen over de reikwijdte van de mededelingsverplichtingen van de verkoper/rechtsvoorganger. Daarbij worden er soms ook boetebepalingen in de desbetreffende wet opgenomen. Dat is bijvoorbeeld het geval in de staten California, Indiana en Pennsylvania. Tevens zijn deze wettelijke mededelingsverplichtingen in het leven geroepen ter bescherming van de belangen van de koper/rechtsopvolger.<sup>66</sup> Een ruim opgezette mededelingsverplichting rustende op de verkoper, met daarbij een standaardformulier dat door de verkoper moeten worden ingevuld, zoals toepasselijk in de staat Indiana, neemt op dit punt de onduidelijkheid weg die nu vaak uit de Nederlandse jurisprudentie voortvloeit (zie over deze onduidelijkheid par. 7.2.2). Het is voor contractspartijen dan duidelijk op wie de openbaarmakingsplicht rust: op de verkoper. Dit is ook logisch te noemen, aangezien de verkoper/rechtsvoorganger juist over de informatie ten aanzien van mogelijke bodemverontreiniging en de op het perceel uitgevoerde werkzaamheden beschikt. Indien hij deze informatie intern niet goed op orde heeft, zal de verkoper/rechtsvoorganger eerst intern onderzoek moeten verrichten alvorens hij het perceel grond of het bedrijf gevestigd op de grond ter verkoop aanbiedt. Overtreding van deze plicht zou dan bestraft kunnen worden via een (bestuursrechtelijke of strafrechtelijke) boete. In de staat California gaat de mededelingsplicht van de verkoper overigens verder dan alleen ten aanzien van de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging. In California moet ook onderzoek worden verricht naar

---

<sup>66</sup> In de Amerikaanse staat Californië is er trouwens mede een mededelingsverplichting rustende op de huurder ten opzichte van de verhuurder in de wet opgenomen (Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Section 25359.7 (b)). Zie daarover ook par. 4.7.1. Dit is op zich een logische regeling, aangezien de huurder weet welke werkzaamheden er zijn en worden verricht op het desbetreffende perceel, en of er zich calamiteiten hebben voorgedaan tijdens de huurperiode.

mogelijk aanwezige asbest<sup>67</sup> en schimmel (mold) in gebouwen, zie daarover par. 4.7.1.

Ook naar aanleiding van een wettelijke mededelingsverplichting kan uiteraard discussie ontstaan. Immers, in geval van historisch veroorzaakte bodemverontreiniging kan de verkoper niet altijd precies weten welke verontreiniging er in een verleden heeft plaatsgevonden. Echter, een wettelijke plicht rustende op de verkoper/rechtsvoorganger zal waarschijnlijk al veel onduidelijkheid wegnemen, aangezien de verkoper dan toch geneigd zal zijn om (historisch) onderzoek naar alle gegevens aanwezig binnen de onderneming te doen.<sup>68</sup> Vaak is in elk geval via historische overdrachtsakten nog wel te achterhalen wat voor soort bedrijvigheid er op het desbetreffende bedrijfsterrein in het verleden heeft plaatsgevonden.<sup>69</sup> Indien bepaalde informatie redelijkerwijze niet (op korte termijn) is te achterhalen door de verkoper, zal de verkoper dat moeten medelen aan de potentiële koper. De potentiële koper zal dan naar aanleiding van de mededelingen van de verkoper een afweging moeten maken, en koper en/of verkoper zullen eventueel (verplicht) aanvullend bodemonderzoek moeten verrichten naar de gesteldheid van de bodem, en het bevoegd gezag daarvan op de hoogte moeten stellen.<sup>70</sup>

Een wettelijke mededelingsplicht rustende op de verkoper is dus met name effectief in situaties waarin er sprake is van kennis bij de verkoper ten aanzien van (de mogelijkheid van) bodemverontreiniging. Daarnaast zal het verplicht uitvoeren van een bodemonderzoek al vaak veel onduidelijkheden wegnemen. Tevens zal een wettelijke mededelingsverplichting ten opzichte van de (potentiële) koper én

---

67 In Nederland kennen wij sinds 1993 regelgeving op het gebied van asbestverwijdering (het Asbestverwijderingsbesluit), maar deze regelgeving ziet niet op een mededelingsplicht op het moment van verkoop of verhuur van gebouwen. Zie over asbest ook par. 5.6.

68 De verkoper verricht dergelijk onderzoek vaak al in het kader van bedrijfsovernames. Dergelijk door de verkoper verricht onderzoek naar de te verkopen onderneming ten behoeve van het informeren van een potentiële koper wordt in het Engelse overnamejargon een 'vendors due diligence' genoemd.

69 Tijdens het interview dat ik had met de heer Barkhuis, adjunct-hoofd sector Infrastructuur & Milieu van de Haven Amsterdam, op 13 juni 2006 te Amsterdam, vertelde hij dat de Haven Amsterdam al een professioneel systeem heeft ter beoordeling van de vraag of de huidige huurders en erfpachters van grond/gebouwen in de Haven Amsterdam (water)bodemverontreiniging hebben veroorzaakt. Sinds midden jaren '80 van de twintigste eeuw moet er bij het sluiten van een nieuw huur- of erfpachtcontract altijd een zogenaamd nul-onderzoek worden verricht om op die manier de beginsituatie vast te stellen. Ter beoordeling van de vraag wie welke (water)bodemverontreiniging heeft veroorzaakt wordt ook gebruikgemaakt van luchtfoto's die al vanaf de jaren '20 van de twintigste eeuw regelmatig van de haven te Amsterdam zijn gemaakt. Aan de hand van deze luchtfoto's kan worden achterhaald welk soort bedrijvigheid er op welk moment plaatsvond op de desbetreffende percelen, en kan ook worden vastgesteld of de huidige huurder of erfpachter van de grond de aangetroffen (water)bodemverontreiniging al dan niet heeft veroorzaakt.

70 Advocaat te San Francisco, en docent aan de University of California, Boalt Hall School of Law te Berkeley (CA), Robert Infelise, gaf tijdens het interview dat ik met hem had in Berkeley op 12 december 2006 antwoord op de vraag hoe hij de wettelijke mededelingsverplichting rustende op een verkoper in de staat Californië in zijn op onroerend goed gerichte advocatenpraktijk ervaart. In de praktijk zal een verkoper van een industrieel terrein altijd aan haar advocaat vragen in hoeverre zij bepaalde feiten en omstandigheden met betrekking tot het terrein dient te openbaren aan de (potentiële) koper. Alleen deze vraag op zich betekent vaak al dat de verkoper over bepaalde informatie beschikt die hij liever niet aan de potentiële koper openbaart, anders zou deze vraag niet bij hem zijn opgekomen. Dit betekent dat alle beschikbare informatie altijd geopenbaard dient te worden aan de koper, juist ook de informatie die de verkoper liever niet openbaart, aldus Infelise.

het bevoegd gezag ten aanzien van de werkzaamheden die in het verleden op het bedrijfsterrein zijn verricht, plus een melding van calamiteiten die zich in het verleden hebben voorgedaan op het bedrijfsterrein, veel duidelijkheid scheppen. Indien een dergelijke wettelijke verplichting tot onderzoek en openbaarmaking niet bestaat, zal de onzekerheid en onduidelijkheid dienaangaande soms voortduren.<sup>71</sup>

De wettelijke mededelingsplicht kan vervolgens worden aangevuld met de verplichting tot het overleggen van de resultaten van het verplicht uitgevoerde bodemonderzoek, dan wel het verplicht overleggen van een update van een al bestaand bodemonderzoeksrapport, door de verkoper aan de koper en aan het bevoegd gezag. Een dergelijke wettelijke regeling komt al dicht bij een systeem zoals gehanteerd in Connecticut's Transfer Act, met dien verstande dat er geen saneringsverplichting aan de bij de overdracht betrokken partijen wordt opgelegd op het moment dat de overdracht/bedrijfsovername plaatsvindt. Maar het bevoegd gezag dat kennis neemt van het bodemonderzoek zal wel via de bestaande bodembeschermingswetgeving in Nederland een beschikking kunnen nemen waaruit voortvloeit dat de bodem moet worden gesaneerd (conform art. 29, art. 37 en art. 55b Wbb). Partijen betrokken bij de transactie wordt door middel van deze onderzoeksplicht duidelijk of er een probleem ten aanzien van bodemverontreiniging is. Zij kunnen voortijdig overleg met het bevoegd gezag, en met elkaar, over dit onderwerp voeren.

Een onderzoeks- en mededelingsplicht zoals hiervoor omschreven kan in de Wbb worden opgenomen, of in boek 7 van het BW. Ook bij deze wetgeving dient heel duidelijk te worden vastgelegd voor welke soort (bedrijfs)terreinen en bedrijven de environmental transfer trigger geldt, en ten aanzien van welke soorten van transacties, bijvoorbeeld ook in geval van aandelentransacties of juridische fusies en (af)splitsingen. Daarbij kunnen aan het bodemonderzoek of aan een update van een al bestaand bodemonderzoek bepaalde vereisten worden gesteld. Ook hier kan de introductie van een gecertificeerde milieudeskundige nuttig zijn.

---

71 M.B. Gerrard, 'A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance', in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435, merkt daarover het volgende op: "Indeed, sellers often impose and buyers often accept conditions in purchase agreements that the buyers *may not* conduct certain kinds of site investigations before closing. This phenomenon may not appear in the literature, and there appear to be no statistics about it, but I have often observed it myself in course of representing parties in transactions. Even more common, in my experience, is the conversation between the client and the lawyer about the degree of scrutiny desired in the environmental due diligence; some purchasers only want to know about \$ 100 million liabilities, because anything smaller is immaterial to the transaction, while others have much lower thresholds. Practitioners also often advise each other not to tell the government more about environmental conditions than they have to. Government inspection resources are so limited that only a fraction of environmental conditions will ever be discovered – and, even if they are, only a fraction of those will ever become subject of enforcement action, given the limitations on enforcement personnel and also the pervasive ambiguities in regulations that make their actual application to specific facilities an exercise in discerning shades of gray."



## 5.6 transfer triggered milieuwetgeving toepasselijk op andere situaties dan bodemverontreiniging?

De in hoofdstuk 4 en dit hoofdstuk besproken en geanalyseerde transfer triggered milieuwetgeving heeft steeds betrekking op situaties waarin sprake is van bodemverontreiniging. Een vraag die in dit verband rijst, is of een dergelijk wetgevings-systeem niet breder kan worden ingezet in het milieurecht. Bijvoorbeeld ten aanzien van vergunningen. De Amerikaanse auteur *Gerrard* merkt hier het volgende over op:

“Now that we know that property transfer restrictions are such a powerful tool, we should consider how to make the most of this tool. A solution could draw on CERCLA and ISRA but expand their scope: *provide incentives to perform an environmental compliance assessment whenever control over a permit is transferred*. This would increase the kinds of transactions that trigger assessments, and broaden the scope of those assessments. (...) If a statute explicitly and unambiguously requires pre-transaction compliance assessments, there should be little doubt that such assessments will be performed. And if there are clear protocols what must be included in such assessments (...), the adequacy of the assessments can be reasonably assured. The statute could make a certificate from a licensed professional that an assessment was performed in accordance with set standards a condition of the closing of the transaction. That way the participants in the transaction who make it their business to be sure that all closing conditions are met (typically the title company and the bank) will insist that the assessment has been done, and the professionals who certified that the assessment met the standards will not want to jeopardize their licenses by doing an inadequate job. (...) Thus even if the sellers and the buyers have their own incentives not to do so, there is nonetheless a ready mechanism to ensure that an adequate assessment is performed. That is not to say that environmental assessments will always be done when they should, or that they will be perfect, but the statute proposed here should lead to a reasonably high level of performance.”<sup>72</sup>

*Gerrard* stelt verder dat een dergelijk plicht tot het verrichten van onderzoek voorafgaande aan een transactie of overdracht en het voldoen aan de geldende (vergunningen)vereisten (een assessment), kan worden versoepeld door partijen bijvoorbeeld extra tijd, na het plaatsvinden van de transactie of overdracht, te gunnen.<sup>73</sup> Versoepeling van de transfer triggered environmental acts heeft immers ook plaatsgevonden in de staten New Jersey en Connecticut.<sup>74</sup> Ook in Vlaanderen is

72 M.B. Gerrard, ‘A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance’, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435.

73 Dit mede gezien de ervaringen met de ECRA wetgeving in de staat New Jersey.

74 Gerrard merkt daarover op: “Requiring pre-closing compliance could be counterproductive because it could inhibit the sale of many properties or businesses to entities that are better equipped to achieve and maintain compliance. Moreover, if a company acquires a facility that it knows is violating environmental laws, and does not quickly move to correct the violation, the company may be subject to criminal penalties and (if the non-compliance is causing injury to others) to punitive damages in toxic tort litigation.” Zie zijn artikel ‘A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance’, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420 – 435.

het Vlaams Bodemdecreet meerdere keren aangepast en is de reikwijdte van dit decreet beperkt. Er moet echter, naar mijn mening, nog wel een prikkel blijven bestaan om aan de desbetreffende wetgeving te voldoen, anders heeft dergelijke wetgeving niet veel effect. Tevens stelt *Gerrard* voor dat partijen betrokken bij de transactie of overdracht verplicht een derdenrekening (escrow) openen tot het moment dat de ‘certified environmental assessment’ is uitgevoerd. Dit is een benadering die wij wat betreft kosten verbonden aan bodemsanering sinds 1 januari 2006 al kennen in Nederland (zie art. 55b lid 3 Wbb). Vergelijk tevens de regeling in het Vlaams Bodemreglement.<sup>75</sup>

Het is mijns inziens wel de vraag of een dergelijke environmental transfer trigger voor alle soorten vergunningen zoals thans geldend in Nederland zou kunnen en moeten worden ingevoerd. Zoals besproken in hoofdstuk 2, gaan sommige vergunningen, zoals de Wm-vergunning (ondanks de daarvoor geldende meldingsplicht) of de Wvo-vergunning, automatisch over op de nieuwe drijver van de inrichting. Een dergelijke automatische overgang is van praktisch nut gebleken. In het kader van de Wm-vergunning, en in de toekomst (wellicht) de nieuwe omgevingsvergunning, zou een onderzoeksplicht in bepaalde (beperkte) vorm ook met betrekking tot de overgang van vergunningen kunnen worden geïntroduceerd. Bijvoorbeeld verplicht onderzoek naar de naleving van deze regels in het verleden, dan wel onderzoek met betrekking tot de vraag of de geldende vergunningen een update behoeven. Daarbij zou de wetgever kunnen aanhaken bij de al bestaande meldingsplicht in het geval de vergunning gaat gelden voor een ander dan de huidige vergunninghouder.<sup>76</sup>

Een environmental transfer trigger zou eveneens van nut kunnen zijn ingeval van overdracht of verhuur van gebouwen waarin zich mogelijk asbest bevindt. In de Amerikaanse staat California is dergelijke wetgeving al toepasselijk, zie Cal. Codes Ann., Health and Safety Code, Sections 25915 – 25919.7 (zie daarover ook par. 4.7.1). Het te verkopen of te verhuren gebouw moet dan worden onderzocht op de aanwezigheid van asbest en het eventueel daaruit voortvloeiende gevaar voor de volksgezondheid. Een dergelijke onderzoeksplicht is trouwens niet alleen van belang ten aanzien van gebouwen waarin werknemers eventueel bloot kunnen worden gesteld aan niet goed afgedekte asbest, maar ook in het geval van de ver-

75 Regels ten aanzien van de in geval van een overdracht van een risicoground te stellen financiële zekerheid ter waarborging van verdere bodemsanering en eventuele nazorg (art. 104, par. 2, onder 3, en art. 109, par. 2, onder 3 Vlaams Bodemdecreet), worden gegeven in het Vlaams Bodemreglement (art. 8 – 12).

76 Art. 8.20 lid 2 Wm luidt als volgt: “Indien een vergunning zal gaan gelden voor een ander dan de vergunninghouder, meldt de vergunninghouder dat ten minste een maand voordien aan het bevoegd gezag, onder vermelding van de bij algemene maatregel van bestuur aangegeven gegevens.” Artikel 2.28 lid 2 van het wetsvoorstel getiteld ‘Regels inzake een vergunningstelsel met betrekking tot activiteiten die van invloed zijn op de fysieke leefomgeving en inzake handhaving van regelingen op het gebied van de fysieke leefomgeving (Wet algemene bepalingen leefomgeving)’, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 2, luidt als volgt: “Indien een omgevingsvergunning zal gaan gelden voor een ander dan de aanvrager of de vergunninghouder, meldt de aanvrager, onderscheidenlijk de vergunninghouder dat ten minste een maand voordien aan het bevoegd gezag, onder vermelding van de bij algemene maatregel van bestuur aangegeven gegevens.”

koop van woonhuizen. In Nederland bestaat al regelgeving op het gebied van asbest: het Asbestverwijderingsbesluit 2005.<sup>77</sup> Dit besluit ziet op bouw- en opruiingswerkzaamheden waarbij een asbestinventarisatierapport moet worden opgesteld.<sup>78</sup> Het Asbestverwijderingsbesluit 2005 bevat momenteel echter nog geen verwijzing naar een onderzoeks- en openbaarmakingsplicht ten aanzien van eventueel aanwezige asbest op het moment van verkoop of verhuur van gebouwen.<sup>79</sup>

Bijkomend voordeel van wetgeving die verplicht tot het uitvoeren van onderzoek, en waar nodig tot het nemen van maatregelen om aan de geldende milieu(vergunnings)voorschriften te voldoen op het moment van (bedrijfs)overdracht, is dat waarschijnlijk ook kredietverschaffers naleving van de wettelijke bepalingen gaan verlangen van de betrokken partijen, alvorens zij een lening verstrekken ter financiering van de transactie. Dit zou een extra prikkel vanuit de ‘markt’ kunnen zijn tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften.<sup>80</sup> Een dergelijke ‘marktwerking’ zou naar mijn mening echter niet het primaire uitgangspunt moeten zijn. Het houden van toezicht is toch voornamelijk een taak van de overheid, die de na te leven regels ook vaststelt. Het toezicht kan eventueel ook door een door de overheid gecertificeerde milieudeskundige worden uitgeoefend.

## 5.7 Bevindingen en conclusies naar aanleiding van de analyse van transfer triggered milieuwetgeving

In dit hoofdstuk is de mogelijkheid besproken om, naar het voorbeeld van wetgeving toepasselijk in onder andere de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut, en in Vlaanderen, een specifiek soort wetgeving in Nederland of binnen de Europese Unie te introduceren. Deze specifieke wetgeving ziet op de verplichting tot het uitvoeren van een bodemonderzoek, en indien nodig tot het uitvoeren van een bodemsanering, op het moment dat een bepaalde transactie of overdracht van de grond plaatsvindt. Een dergelijk transfer triggered milieuwet

77 Besluit van 16 december 2005, *Stb.* 2005, 704. Dit besluit is de opvolger van het asbest-verwijderingsbesluit uit 1993. Het Asbestverwijderingsbesluit 2005 heeft koppelingen met het Arbeidsomstandighedenbesluit, zie *Stb.* 1997, 60. Daarnaast is Nederland aangesloten bij het Verdrag betreffende veiligheid bij het gebruik van asbest, zie de Goedkeuringsrijkswet Verdrag betreffende veiligheid bij het gebruik van asbest, *Stb.* 1999, 186.

78 Zie art. 2-5 van het Asbestverwijderingsbesluit 2005.

79 Zie over de aansprakelijkstelling voor asbestschade onder andere: J.W.M.K. Meijer en S.D. Lindenberg, ‘Asbestschade buiten de werkomgeving’, *NJB* 2008/8, p. 436-443.

80 M.B. Gerrard, ‘A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance’, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435: “The experience of CERCLA has shown that when lending institutions take an environmental hazard seriously, the practices of their borrowers can be profoundly affected. The Equator Principles and similar voluntary measures attempt to use the market mechanism of lender oversight as a force for environmental improvement. A statute that compels pre-closing environmental compliance assessments could be an even greater force. It would depend very little on governmental oversight if, as proposed above, the private enforcers of closing obligations – lenders and title companies – were required to make sure that assessments were performed, and those performing the assessments had to certify that the assessments met set standards, at peril of losing their licenses or being subject to civil liabilities.”

zou, evenals in voornoemde staten, als aanvulling op de al in Nederland bestaande bodembeschermingswetgeving kunnen worden geïntroduceerd. Op Europees niveau is overigens nog geen specifieke regelgeving met betrekking tot de bodem toepasselijk. De Europese Kaderrichtlijn Bodem is (nog) niet ingevoerd. transfer triggered milieuwetgeving brengt een aantal voordelen met zich mee. Te noemen zijn de volgende voordelen:

- (a) de koper wordt beter geïnformeerd (bescherming van de koper), waarbij de juridisch vaak moeilijk te beantwoorden vraag welke mededelings- en onderzoeksplichten er precies op de verkoper/rechtsvoorganger en koper/rechtsopvolger rusten op dit punt wordt vermeden;
- (b) de systematiek van een transfer triggered milieuwet bewerkstelligt een meer effectieve aanpak van het probleem ‘bodemverontreiniging’, aangezien de wet automatisch toepasselijk is in geval van het plaatsvinden van een bepaalde civielrechtelijke gebeurtenis (transactie of overdracht), zodat de bij de transactie of overdracht betrokken partijen een belang hebben om het geconstateerde probleem op te lossen. Zij hebben er, met andere woorden, een belang bij om de aanwezige bodemverontreiniging te verwijderen;
- (c) de koppeling van een onderzoeks- en saneringsverplichting met een civielrechtelijke transactie zorgt ervoor dat er geld, namelijk de koopsom, beschikbaar is dat kan worden aangewend voor eventuele bodemsanering. Er hoeft dan, althans niet op grond van de transfer triggered milieuwet, niet tussentijds geld te worden onttrokken aan de lopende bedrijfsvoering;
- (d) aangezien een dergelijke wet automatisch toepasselijk is op het moment dat een bepaalde (civielrechtelijke) transactie of overdracht plaatsvindt, hoeft het bevoegd gezag geen apart besluit, waaruit een plicht tot het uitvoeren van bodemsanering voortvloeit, meer te nemen. Het bevoegd gezag hoeft dan ook geen afweging met andere belangen, zoals het behoud van de werkgelegenheid in de desbetreffende gemeente of provincie, te maken;
- (e) het bevoegd gezag wordt automatisch op de hoogte gesteld van de bodemgesteldheid via de bodemrapportage; en
- (f) er is ten aanzien van de overgedragen percelen grond steeds meer informatie beschikbaar met betrekking tot de bodemgesteldheid.

Mogelijke nadelen verbonden aan transfer triggered milieuwetgeving zijn naar mijn mening bijvoorbeeld:

- (a) de mogelijke stagnatie op de onroerend goed markt, met als mogelijk gevolg moeilijk verkoopbare (industriële) percelen, en het wegtrekken van bedrijvigheid;
- (b) indien de wet niet voorziet in mechanismen die de verplichtingen voortvloeiende uit de wet flexibel maken (vergelijk ECRA/ISRA), kan een dergelijke wet bedrijfsovernames vertragen;
- (c) een toenemende bureaucratisering; en
- (d) indien de term overdracht of transactie niet goed is gedefinieerd in de transfer triggered milieuwet, kan dit tot problemen en verwarring leiden in de praktijk.

Het probleem van brownfields – dat wil zeggen voormalige bedrijfsterreinen die onverkoopbaar zijn vanwege de daarin aanwezige ernstige bodemverontreiniging – wordt niet opgelost via het invoeren van een transfer triggered environmental act. Dáárvoor zal een aparte regeling in de wet moeten worden opgenomen, aangevuld met bijvoorbeeld een subsidieregeling. Een transfer triggered environmental act heeft daarom per definitie een aanvullend karakter op bestaande milieu- en bodembeschermingswetgeving, en kan niet alleen het probleem van ernstige bodemverontreiniging oplossen.

Betoogd is door mij dat, indien de desbetreffende wetgeving goed is doordacht en een bepaalde flexibiliteit heeft – bijvoorbeeld dat partijen betrokken bij de overdracht of transactie zelf onderling kunnen bepalen wie welke wettelijke verplichting(en) op zich neemt, of partijen betrokken bij de overdracht of transactie tijd wordt gegund om ook na de koop en levering nog bepaalde wettelijk vereiste handelingen te verrichten – de negatieve effecten van deze wetgeving voor het bedrijfsleven beperkt zijn. Uit het onderzoek door mij verricht in de Verenigde Staten is gebleken dat het van groot belang is om de wettelijke definities van met name het soort bedrijven en percelen waarop de wetgeving toepasselijk is, en de definitie van transactie of overdracht, helder en doordacht te formuleren. De regeling in de Amerikaanse staat Connecticut (de Transfer Act) zou daarbij als werkbaar voorbeeld kunnen dienen.

Ter voorkoming van toenemende bureaucratisering zou tevens in het kader van de invoering van een transfer triggered environmental act, evenals in bijvoorbeeld de staat Connecticut en in Vlaanderen het geval is, een systeem van gecertificeerde milieudeskundigen – in de wetgeving van de staat Connecticut een LEP, in Vlaanderen een bodemsaneringsdeskundige, genaamd – kunnen worden geïntroduceerd. Dergelijke gecertificeerde milieudeskundigen zouden veel werk uit handen van de overheid kunnen nemen, zodat het bevoegd gezag alleen nog globaal en steekproefsgewijs zelf toezicht hoeft te houden op de uitgevoerde bodemonderzoeks- en bodemsaneringsrapportages. In Nederland kennen wij al gecertificeerde of geaccrediteerde personen en instellingen die van overheidswege erkend zijn tot het uitvoeren van bodemonderzoeks- en bodemsaneringswerkzaamheden (zie het Besluit bodemkwaliteit en het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer). In dit hoofdstuk is ingegaan op de vraag hoe de taken, bevoegdheden et cetera van dergelijke gecertificeerde milieudeskundigen verder wettelijk kunnen worden vastgelegd. Daarbij kan de gecertificeerde milieudeskundige eventueel tevens bepaalde toezichthoudende functies van de overheid overnemen, gelijk de LEP in de staat Connecticut.

De Amerikaanse auteur en advocaat *Gerrard* – in het kader van dit onderzoek door mij geïnterviewd – heeft betoogd dat het systeem van een environmental transfer trigger wat betreft milieurechtelijke verplichtingen uitgebreider zou kunnen worden ingezet. Ook het controleren van het naleven van vergunningsregels op het moment van (bedrijfs)overdracht, en indien nodig het aanpassen van de bedrijfsvoering en bedrijfsprocessen aan de geldende milieu(vergunnings)voorschriften,

zouden volgens hem kunnen worden gekoppeld aan het moment waarop de transactie of overdracht plaatsvindt. Deze gedachtegang is zeker interessant te noemen, maar wellicht in de praktijk niet altijd uitvoerbaar. Bijvoorbeeld, ter vergemakkelijking van de overgang van de Wm-vergunning, is in de Wm juist bepaald dat de milieu(vergunnings)voorschriften in de meeste gevallen voor iedere drijver van een inrichting in de zin van de Wm gelden, hetgeen een automatische (dat wil zeggen: van rechtswege) overgang van de Wm-vergunning bewerkstelligt (zie daarover ook par. 2.1). Wel zou een beperkte onderzoeksplicht, en waar nodig updateverplichting, kunnen aanhaken bij deze meldingsverplichting. Daarnaast zou het invoeren van een verplicht onderzoek naar de aanwezigheid van asbest, en het verplicht openbaren van een dergelijk onderzoek, dan wel van een reeds bestaand onderzoek, aan de koper/rechtsopvolger in geval van de overdracht of verhuur van gebouwen in Nederland het overwegen waard zijn. Dit mede gezien de mogelijk ernstige gevaren voor de volksgezondheid die voort kunnen vloeien uit de aanwezigheid van asbest.

Indien een environmental transfer trigger met daarbij niet alleen een onderzoeksplicht maar tevens een saneringsverlichting (politiek) niet haalbaar blijkt te zijn, kan worden gedacht aan een beperktere environmental transfer trigger die alleen betrekking heeft op een onderzoeks- en openbaarmakingsplicht naar de koper/rechtsopvolger en het bevoegd gezag toe. Een dergelijke onderzoeks- en informatieverplichting is al in betrekkelijk veel Amerikaanse staten toepasselijk, waarbij vooral de regelingen in de Amerikaanse staten California en Indiana vrij uitgebreid zijn. Een dergelijke onderzoeks- en openbaarmakingsplicht wordt ook door de Europese Commissie voorgesteld in haar voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem. In dat voorstel lijkt echter de achterliggende gedachte van het verplicht te verrichten bodemonderzoek door de verkoper/rechtsvoorganger of de koper/rechtsopvolger het informeren van de overheid te zijn. Alhoewel in de toelichting bij dit voorstel wel wordt opgemerkt dat het uitvoeren van een verplicht bodemonderzoek ook een informatieve functie richting de potentiële koper heeft.<sup>81</sup> Het is op dit moment nog onduidelijk of dit voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem ooit van kracht zal worden.

---

81 *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Thematic Strategy for Soil Protection*, COM (2006), 231 final, p. 12: "(25) (...) It will also make the prospective buyer aware of the state of the soil and enable him to make an informed choice."



## 6 | Bedrijfsovernames en aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater; de overdracht van emissierechten

### 6.1 Inleiding

#### *Algemeen*

In de voorgaande hoofdstukken is onder meer het probleem bodemverontreiniging aan de orde gekomen. In dit hoofdstuk richt de aandacht zich op de aansprakelijkheid voor oppervlaktewaterverontreiniging én de emissiehandel in Nederland. Daarbij wordt wederom een verband gelegd met de situatie waarbij sprake is van een bedrijfsovername.

Par. 6.2 van dit hoofdstuk handelt over de mogelijke aansprakelijkheid of verantwoordelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater in geval van een bedrijfsovername. Hoe liggen dan de aansprakelijkheidsverhoudingen tussen de rechtsvoorganger en de rechtsopvolger wat betreft verontreiniging die zich openbaart ná het plaatsvinden van de bedrijfsovername, maar die is veroorzaakt vóór het moment van bedrijfsovername? Hoewel de verontreiniging via het oppervlaktewater in het algemeen vluchtig van aard is, kan de door de verontreiniging veroorzaakte schade wél een meer permanent karakter hebben. Bijvoorbeeld wanneer de schade bestaat uit de aantasting van de visstand, aantasting van gewassen, of ontstane bodemverontreiniging (denk aan de waterbodem en aan wateroevers). Het zal niet heel vaak voorkomen dat het moment van lozing op het oppervlaktewater plaatsvindt ten tijde van een bedrijfsovername. Maar het is zeker niet ondenkbaar dat de lozing of de diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater heeft plaatsgevonden vóór het moment van bedrijfsovername, en de schadelijke gevolgen daarvan zich pas openbaren ná het moment van bedrijfsovername.

In par. 6.3 wordt ingegaan op de emissiehandel en de overdracht van emissierechten in Nederland. De wijze van overdracht van emissierechten verschilt ten opzichte van de gewone civielrechtelijke overdracht (art. 3:83 e.v. BW). Dit verschil is tevens van belang in het kader van bedrijfsovernames.

#### *Verontreiniging van oppervlaktewater*

Wat betreft de aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater gaat het vaak om directe – illegale, in strijd met de geldende vergunningsregels – lozingen op het oppervlaktewater. Daarnaast kan er sprake zijn van diffuse verontrei-



niging van het oppervlaktewater, indien het oppervlaktewater via verontreinigde grond en/of grondwater wordt verontreinigd. Verontreiniging van oppervlaktewater wordt meestal door bedrijven gelegen aan rivieren en in havens veroorzaakt. In geval van diffuse verontreiniging via het grondwater kan het echter voorkomen dat bedrijven gelegen op enige afstand van het oppervlaktewater veroorzakers van de oppervlaktewaterverontreiniging zijn.

In geval van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater, dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het oppervlaktewater en anderzijds de waterbodem. De sanering van de waterbodem is thans geregeld in de Wbb, zie art. 63k Wbb, waarover uitgebreider hoofdstuk 3, en in de toekomst waarschijnlijk in de nieuw in te voeren Waterwet.<sup>1</sup> Verontreiniging van de waterbodem hangt vaak nauw samen met de verontreiniging van oppervlaktewater. Het oppervlaktewater kan via de waterbodem of via het vaste land – de wateroever – en het daarin voorkomende grondwater diffuus worden verontreinigd. Omgekeerd kan vanwege lozingen in het oppervlaktewater uiteindelijk ook elders de (water)bodem worden verontreinigd. In geval van verontreiniging van oppervlaktewater speelt uiteraard ook de belangrijke juridische vraag ten aanzien van het vaak moeilijk aantoonbare causale verband tussen enerzijds de lozing die de oppervlaktewaterverontreiniging veroorzaakt, en anderzijds de daardoor ontstane milieuschade een rol van betekenis.

Gebruikers van het verontreinigde oppervlaktewater kunnen daardoor schade lijden. Denk bijvoorbeeld aan boeren en fruittelers die gebruik maken van oppervlaktewater om hun gewassen te besproeien of hun vee te drinken te geven. Een goed voorbeeld dienaangaande is te vinden in het bekende Franse Kalimijnen-arrest<sup>2</sup> van de Hoge Raad uit 1988, waarop wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

In geval van een bedrijfsovername kan deze problematiek een rol spelen in het geval de oppervlaktewaterverontreiniging vóór het moment van bedrijfsovername is veroorzaakt, dan wel voortvloeit uit gebreken aan het gekochte ontstaan vóór het moment van bedrijfsovername, en waarbij de schadelijke gevolgen zich pas ná het moment van de bedrijfsovername openbaren. Rechtsvragen die dan een rol kunnen spelen zijn de volgende:

- (1) is de rechtsopvolger als overtreder van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften aan te merken, of is alleen de veroorzakende rechtsvoorganger overtreder?
- (2) onder welke omstandigheden kunnen het bevoegd gezag en schadelijdende derden de veroorzaker van de oppervlakteverontreiniging of zijn rechtsopvolger aanspreken op grond van onrechtmatige daad?

---

1 Deze wet is thans in voorbereiding. Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 694, nr. 1, 'Integratie waterwetgeving', en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2004-2005, 29 694, nr. 2, 'Verslag van een algemeen overleg'.

2 HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743, m.nt. JHN en m.nt. JCS.

*Overdracht van emissierechten*

Het tweede onderwerp dat in dit hoofdstuk de revue zal passeren is de emissiehandel. Vooropgesteld, het causale verband tussen de handeling – uitstoot van schadelijke stoffen in de lucht – en de daardoor veroorzaakte schade aan het milieu is nog moeilijker vast te stellen in vergelijking met verontreiniging van oppervlaktewater. Er vindt in Nederland en in de ons omringende landen immers zoveel uitstoot van gassen (emissies) in de lucht plaats, dat het vaak moeilijk is om één of meerdere bepaalde veroorzaker(s) van door de luchtverontreiniging veroorzaakte schade aan te wijzen. Wél kunnen emissies grote gevolgen hebben: denk aan de opwarming van de aarde – het broeikaseffect – die mogelijk onder andere wordt veroorzaakt vanwege de uitstoot van CO<sub>2</sub>. Tevens is het niet altijd duidelijk vast te stellen of de desbetreffende schade aan bijvoorbeeld de bodem of het oppervlaktewater waarop de schadelijke stof is neergedaald is veroorzaakt door die schadelijke stof, dan wel vanwege een andersoortige verontreiniging.

Het systeem van emissiehandel is in de Europese Unie ingevoerd om het mogelijke effect van de opwarming van de aarde vanwege de emissie van bepaalde stoffen geleidelijk terug te dringen. Met andere woorden, een belangrijk doel van de emissiehandel is om het zogenaamde broeikaseffect een halt toe te roepen. Er zal in dit hoofdstuk vooral op de in 2005 gestarte emissiehandel, en de daaraan gekoppelde overdracht van zogenaamde emissierechten, worden ingaan. Dit onderwerp is niet direct verbonden met een situatie waarin een bedrijf wordt overgenomen, maar kan in geval van een bedrijfsovername wél een rol van betekenis spelen. Via de emissiehandel wordt een civielrechtelijk handelssysteem – overdracht van emissierechten – als het ware gekoppeld aan het milieu (rechten om ten aanzien van het milieu schadelijke stoffen te mogen uitstoten) en het terugdringen van de schadelijke effecten veroorzaakt door de uitstoot van bepaalde stoffen in de lucht.

*Overgang van de toepasselijke vergunningen*

Ten slotte wordt in par. 6.4 kort stilgestaan bij de overgang van verschillende vergunningen: de Wvo-vergunning, de emissievergunning en de Grondwaterwet-vergunning. Op welke wijzen vindt in geval van een bedrijfsovername de overgang van deze vergunningen plaats?

## 6.2 **Bedrijfsovername en verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater**

### 6.2.1 *Diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem of het grondwater*

Verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem of het grondwater is zowel feitelijk als juridisch gezien een complexe gebeurtenis.<sup>3</sup> Er is in dergelijke gevallen zoals gezegd sprake van diffuse verontreiniging. Volgens *Van Dijk* kunnen in de optiek van het waterbeheer als belangrijkste oorzaken van diffuse verontreiniging worden beschouwd: uit- en afspoeling van meststoffen, verontreiniging door industriële grondstoffen en producten, stortplaatsen en mobilisatie van verontreinigingen uit het sediment. Het belang van diffuse verontreiniging van oppervlaktewater neemt toe naarmate de (water)bodem en het grondwater vaker en ernstiger zijn verontreinigd.<sup>4</sup> In een waterrijk land als Nederland is deze wijze van verontreiniging van het oppervlaktewater gemakkelijk voorstelbaar.

Juridisch gezien valt deze situatie lastig in te kaderen. Daarbij spelen met name de volgende vragen met betrekking tot het causale (oorzakelijke) verband een rol van betekenis:

- (1) het causale verband tussen enerzijds de vervuiling van het oppervlaktewater en anderzijds het vervuilde grondwater of de vervuilde (water)bodem; én
- (2) het causale verband tussen de primair vervuilende handeling of gebeurtenis en het vervuilen van het grondwater en de (water)bodem.

Er zit in geval van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem en het grondwater derhalve een stap tussen de primair vervuilende handeling en de uiteindelijke vervuiling van het oppervlaktewater. Complicatie daarbij is dat de desbetreffende verontreiniging van het oppervlaktewater vaak ook vanwege andere oorzaken, bijvoorbeeld vanwege (directe) lozingen op het oppervlaktewater, kan zijn veroorzaakt. Vervolgens rijst de vraag of de verontreiniging van het oppervlaktewater en de daaruit voortvloeiende schade ook juridisch aan deze veroorzaker valt toe te rekenen. Met andere woorden, (1) was de vervuiling van het oppervlaktewater en de daaruit voortvloeiende (gevolg)schade voorzienbaar voor de veroorzaker, en (2) behoorde de veroorzaker te voorzien dat de

---

3 Zie voor een uiteenzetting van de regelgeving met betrekking tot de bescherming van oppervlaktewater vanuit bestuursrechtelijk perspectief: H.F.M.W. van Rijswijk, *De kwaliteit van water. Europese en nationale instrumenten voor de bescherming van oppervlaktewater* (diss.), Universiteit Utrecht, 2001.

4 G.R.M. van Dijk, *Handleiding Milieuwetgeving. Commentaar wet verontreiniging oppervlaktewateren*, Algemeen commentaar (6.2) (juli 2001), paragraaf 4, p. 30-31. Van Dijk merkt tevens op: "Door de met de sanering van puntlozingen bereikte resultaten wordt het relatieve belang van de diffuse belasting van het oppervlaktewater steeds belangrijker (...). Voor diffuse verontreiniging is kenmerkend dat in veel gevallen het Wvo-instrumentarium onvoldoende mogelijkheden biedt om dergelijke verontreinigingen tegen te gaan. Met het beleidsinstrumentarium, dat de Wm biedt, zal terugdringing van die verontreiniging moeten worden bewerkstelligd. De vanuit het waterbeheer noodzakelijk bevonden reducties zullen in het kader van de planvorming kunnen worden vormgegeven. Integrale aanpak is echter geboden."

vervuiling veroorzakende feitelijke handeling ooit juridisch als onrechtmatig zou worden gekwalificeerd? Deze laatste vraag heeft betrekking op het zogenaamde relativiteitsvereiste zoals vastgelegd in art. 6:163 BW. Dit relativiteitsvereiste zal alleen een belangrijke rol van betekenis spelen indien de primair vervuilende handeling in een ver verleden is verricht, en de verontreiniging van het oppervlaktewater (via diffuse verontreiniging) pas in een veel later stadium ontstaat.

Indien het oppervlaktewater is verontreinigd via de (water)bodem is sanering van die (water)bodem vaak een noodzakelijke stap. Dán zijn de in hoofdstuk 3 besproken regels van de Wet bodembescherming toepasselijk. De regels ten aanzien van de sanering van de waterbodem wijken overigens, zoals in hoofdstuk 3 al opgemerkt, enigszins af van de gewone bodemsaneringswetgeving (art. 63k lid 1 Wbb). Dit vanwege de omstandigheid dat waterbodemsanering een zeer specifieke operatie is, waarbij de schade minder goed voorzienbaar is. Indien via de vervuilde water- of oeverbodem het oppervlaktewater is verontreinigd, is soms ook het reinigen van het oppervlaktewater noodzakelijk, althans indien dat technisch en praktisch gezien mogelijk is.<sup>5</sup>

#### 6.2.2 *Aansprakelijkheid voor veroorzaking van oppervlaktewaterverontreiniging*

Hiervoor is reeds het een en ander opgemerkt over het vaak moeilijk aantoonbare causale verband tussen enerzijds de verontreinigende handeling, en anderzijds de daardoor ontstane oppervlaktewaterverontreiniging. Een aantal voorbeelden uit de Nederlandse jurisprudentie – de jurisprudentie op dit gebied is overigens niet zeer talrijk<sup>6</sup> – kunnen meer duidelijkheid dienaangaande verschaffen.

#### *Onrechtmatige daad; causaal verband tussen de veroorzaking van de verontreiniging en de schade*

In het befaamde Kalimijnen-arrest van de Hoge Raad speelde de rechtsvraag in hoeverre kalimijnen gesitueerd in de Elzas (Frankrijk) vanwege bovenmatige lozing van zout in de Rijn onrechtmatig handelde jegens Nederlandse kwekers die schade leden vanwege het feit dat zij hun gewassen met het (te) zoute Rijnwater hadden besproeid. De Hoge Raad bepaalde in r.o. 3.3.2 van zijn arrest het volgende:

“Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de

<sup>5</sup> In een dergelijk geval plegen de minister van Verkeer en Waterstaat en de desbetreffende waterkwaliteitsbeheerder en Gedeputeerde Staten eerst overleg alvorens gebruik te maken van hun bevoegdheden, zie art. 63a lid 5 Wbb en art. 63h Wbb.

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht, Deel 2 Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, vierde druk, 2004, p. 599-624.

ernst en de duur van de aan deze laatsten toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij o.m. moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild.”

Kortom, de Hoge Raad geeft hier een aantal algemene rechtsregels met betrekking tot de aansprakelijkstelling ten aanzien van de verontreiniging van oppervlaktewater. Deze rechtsregels zijn een nadere uitwerking van het begrip onrechtmatigheid en bevatten veel open normen, zodat de beoordeling van de rechter wat betreft de onrechtmatigheid van de lozing in het oppervlaktewater van geval tot geval anders kan uitvallen. De laatste volzin van de hierboven geciteerde rechtsoverweging van de Hoge Raad is van bijzonder belang: het gaat onder meer om de redelijke verwachtingen van de benedenstroomse gebruikers ten aanzien van de mate van vervuiling van het door hen gebruikte oppervlaktewater. Het is goed voorstelbaar dat die verwachtingen van benedenstroomse gebruikers van de mate van vervuiling van het oppervlaktewater in het ene geval anders zijn, dan wel behoren te zijn, dan in het andere geval. Van Rijnwater bijvoorbeeld, mag worden verwacht dat deze in een bepaalde mate is verontreinigd vanwege lozingen door bovenstroomse gebruikers van het Rijnwater. Het is algemeen bekend dat, en vaak ook door lokale bevoegde gezagen aan bovenstroomse gebruikers van Rijnwater toegestaan (vergund), er in bepaalde mate wordt geloosd in het Rijnwater. De vaststelling van hetgeen als bovenmatige vervuiling is te noemen, is dus afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Tevens dient er een belangenafweging plaats te vinden tussen enerzijds de belangen van diegene die bovenstrooms op het oppervlaktewater loost, en anderzijds de belangen van diegene die benedenstrooms het water gebruikt voor bepaalde (verontreinigings-gevoelige) doeleinden, zoals het besproeien van gewassen. Ook die belangenafweging zal in het geval van Rijnwater anders kunnen uitvallen in vergelijking tot bijvoorbeeld water in een sloot gelegen in een polder.

In het Kalimijnen-arrest was sprake van een aansprakelijkstelling naar het aandeel van de zoutlozingen in de totale zoutbelasting. Er was dus geen sprake van een volledige aansprakelijkstelling, maar van een proportionele aansprakelijkstelling:

“3.5.1 (...) Uitgaande hiervan en van het hiervoor in 3.1 vermelde lineaire verband tussen de zoutbelasting en de kwaliteit van de gewassen hebben Rb. en hof met juistheid geoordeeld dat aan MDPA als gevolg van de onrechtmatige lozingen moet worden toegerekend een zodanig aandeel in de totale kosten van evenbedoelde maatregelen als overeenkomt met het aandeel van de zoutlozingen in de totale zoutbelasting van het boezemwater.”

In een andere zaak met betrekking tot verontreiniging van oppervlaktewater die uiteindelijk bij de Hoge Raad terecht kwam, betrof het de vervuiling van het oppervlaktewater in een sloot gelegen in de provincie Friesland.<sup>7</sup> Het causale verband tussen de verontreinigende handeling en de daardoor ontstane schade vanwege de verontreiniging van het oppervlaktewater was door de rechtbank als volgt vastgesteld, zie r.o. 3.2 van dit arrest van de Hoge Raad:

“De rechtbank heeft in haar eindvonnis op vordering van Bakker voor recht verklaard dat Moerman jegens Bakker onrechtmatig heeft gehandeld door de voormelde afwateringssloot tussen de percelen van partijen te verontreinigen met chemicaliën en zware metalen en Moerman veroordeeld om aan Bakker de schaden te vergoeden die een direct gevolg van dit onrechtmatig handelen zijn. Daartoe heeft de Rechtbank, kort samengevat, overwogen dat ten processe voldeende is komen vast te staan dat Moerman de afwateringssloot met chemicaliën en zware metalen heeft verontreinigd, dat mogelijkerwijs de geconstateerde verontreiniging mede is te wijten aan handelen van Van Breeden of aan handelen van Bakkers zoon, maar dat zulks niet uitsluit dat in elk geval aan Moerman verontreiniging van bedoelde sloot is te wijten.”

In deze zaak was er overigens sprake van een algehele, en geen proportionele, aansprakelijkstelling. Zie r.o. 3.3:

“(…) Aldus heeft het Hof kennelijk de gedachtegang gevolgd, die ook aan het huidige art. 6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is, erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is. Voormelde gedachtegang geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

De rechtbank te Den Haag kwam met betrekking tot de vervuiling van een sloot als gevolg van de lozing van een chemische ontsmettingsmiddel vanwege het doorspoelen van grond tot de volgende afweging wat betreft de onrechtmatigheid van de lozing:<sup>8</sup>

“6 (...) Een en ander had Van der Hoeven aanleiding moeten geven bijzondere voorzichtigheid te betrachten, en de Rb. acht het verwijtbaar dat Van der Hoeven zonder zich op enigerlei wijze te vergewissen van het onschadelijke karakter van de door hem voorgenomen Vapam-lozing, daartoe zonder enig overleg of waarschuwing vooraf is overgegaan. Het had op de weg van Van der Hoeven gelegen zich te oriënteren, hetzij bij Shell Nederland, hetzij bij de heer Sosef van het door Van der Hoeven ingeschakelde sproeibedrijf, die als getuige verklaard heeft: “dat een kweker er rekening mee moet houden dat Vapam-residuen (als zij in het water van belendende bedrijven komen die daarmee begieten) schade kunnen veroorzaken”.

---

<sup>7</sup> HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230.

<sup>8</sup> Rechtbank Den Haag 1 februari 1985, *NJ* 1986, 635, r.o. 6.

De rechtbank in Den Haag geeft in deze uitspraak een zorgvuldigheidsnorm waaraan een gebruiker van een chemisch ontsmettingsmiddel in casu moet voldoen: 'het betrachten van bijzondere voorzichtigheid'. Het is ook niet meer dan logisch te noemen dat er in geval van het gebruik van gevaarlijke stoffen, zoals een chemisch ontsmettingsmiddel, extra (bijzondere) zorgvuldigheid moet worden betracht door de gebruiker van die gevaarlijke stof. Deze zorgvuldigheidsnorm is anders in geval van de lozing van bijvoorbeeld zout in het oppervlaktewater (vergelijk het Kalimijnen-arrest). Aangenomen mag worden dat de schadelijke gevolgen van de lozing van zout in het algemeen minder ernstig zijn in vergelijking met de schadelijke gevolgen van de lozing van een chemisch ontsmettingsmiddel in het oppervlaktewater. De lozing van bijvoorbeeld zout in het oppervlaktewater is soms ook noodzakelijk gezien de ligging en bedrijfsvoering van een bepaald bedrijf (denk aan de Franse Kalimijnen). De mogelijkheid tot lozing in oppervlaktewater van bepaalde (potentieel schadelijke) stoffen is voor sommige industriële bedrijven soms zelfs noodzakelijk voor het kunnen uitvoeren van hun dagelijkse bedrijfsvoering. Daarnaast is het bij benedenstroomse gebruikers van oppervlaktewater vaak algemeen bekend welk soort van industrieën er bovenstrooms lozen op het oppervlaktewater. Ook daarom spelen de omstandigheid van bovenmatigheid van de vaak vergunde lozingen, én het schadelijke karakter van incidentele lozingen op het oppervlaktewater, een belangrijke rol bij de afweging of er al dan niet sprake is van een onrechtmatige lozing.

De hierboven geciteerde uitspraak van de Rechtbank te Den Haag en het Kalimijnen-arrest van de Hoge Raad dateren al weer uit de jaren '80 van de twintigste eeuw. In het Burgerlijk Wetboek is sinds 1 februari 1995 een bepaling opgenomen die betrekking heeft op civielrechtelijke aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW), waaronder onder meer de aansprakelijkheid voor schade vanwege de verontreiniging van (oppervlakte)water valt.

*Art. 6:175 BW: civielrechtelijke aansprakelijkheid van bedrijfsmatige en beroepsmatige gebruikers van gevaarlijke stoffen*

De specifieke kwalitatieve (risico)aansprakelijkheid van art. 6:175 BW heeft betrekking op bedrijfsmatige en beroepsmatige (dus: professionele) gebruikers van gevaarlijke stoffen.<sup>9</sup> De uitbreiding tot beroepsmatige gebruikers van gevaarlijke stoffen, zoals een apotheker, maakt dat de groep gebruikers tot wie zich deze

9 Art. 6:175 lid 1 BW luidt: "Degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een stof gebruikt of onder zich heeft, terwijl van deze stof bekend is dat zij zodanige eigenschappen heeft, dat zij een bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken oplevert, is aansprakelijk, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt. Onder degene die een bedrijf uitoefent, wordt mede begrepen elke rechtspersoon die de stof in de uitoefening van zijn taak gebruikt of onder zich heeft. Als bijzonder gevaar van ernstige aard geldt in elk geval dat de stof ontplofbaar, oxyderend, ontvlambaar, licht ontvlambaar of zeer licht ontvlambaar, dan wel vergiftig of zeer vergiftig is volgens de criteria en methoden, vastgesteld krachtens artikel 34, derde lid, Wet milieugevaarlijke stoffen (Stb. 1985, 639)." Zie voor de vraag welke stoffen precies vallen onder deze kwalitatieve aansprakelijkheid lid 6 van art. 6:175 BW.

bepaling richt vrij groot is.<sup>10</sup> De aansprakelijkheid geldt ook ten aanzien van een bewaarder van gevaarlijke stoffen die er zijn bedrijf van maakt zodanige stoffen te bewaren (art. 6:175 lid 2 BW), en ten aanzien van leidingbeheerders indien de stof zich in een leiding bevindt (art. 6:175 lid 3 BW). Aansprakelijkheid voor schade als gevolg van verontreiniging met de stof van lucht, water of bodem rust bij de aanvang van de tot verontreiniging leidende gebeurtenis op diegene die door art. 6:175 BW als aansprakelijke persoon werd aangewezen (zie lid 4). Een toevallige grondeigenaar op wiens grond zich de schade als gevolg van verontreiniging door een gevaarlijke stof voordoet, valt zodoende buiten de categorie van aansprakelijke (rechts)personen in de zin van art. 6:175 BW.<sup>11</sup> Dit laat overigens onverlet dat een dergelijke ‘onschuldige eigenaar’ van een terrein wél op andere grond verantwoordelijk kan worden gehouden door het bevoegd gezag wat betreft de sanering van de verontreinigde grond. Bijvoorbeeld indien er sprake is van een bedrijfsmatige eigenaar in de zin van art. 55a Wbb, op grond van art. 55b Wbb, zie daarover hoofdstuk 3.

Art. 6:175 BW biedt diegene die schade lijdt vanwege het door derden in het oppervlaktewater lozen of anderszins in het oppervlaktewater brengen (via lekkages) van gevaarlijke stoffen in de zin van art. 6:175 lid 6 BW<sup>12</sup> derhalve de mogelijkheid tot kostenverhaal.<sup>13</sup>

#### *Onrechtmatigheid van vervuiling van oppervlaktewater op grond van art. 5:40 BW*

Bij de afweging of een vervuiler van oppervlaktewater onrechtmatig handelt speelt soms ook art. 5:40 BW een rol van betekenis: hinder betreffende stromend en openbaar water.<sup>14</sup> Op grond van dit wetsartikel heeft de Nederlandse rechter in het verleden geoordeeld dat een eigenaar van een erf onrechtmatig jegens andere eigenaren van erven handelt indien hij vanaf zijn erf dat aan openbaar of stromend

10 Zie daarover ook E. Bauw, *De Groene Serie Privaatrecht*, Onrechtmatige daad, Artikelsgewijs commentaar, Afdeling 2. Aansprakelijkheid voor personen en zaken, Artikel 175(1). Gevaarlijke stoffen, Aantekening 18, De aansprakelijke persoon in geval van lucht-, water- of bodemverontreiniging (art. 175 lid 4), bijgewerkt tot en met 1 april 2007.

11 E. Bauw, *De Groene Serie Privaatrecht*, Onrechtmatige daad, Artikelsgewijs commentaar, Afdeling 2. Aansprakelijkheid voor personen en zaken, Artikel 175(1). Gevaarlijke stoffen, Aantekening 10, aansprakelijkheid beperkt tot bedrijfsmatige gebruiker, bijgewerkt tot en met 1 april 2007 en E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Studiepockets privaatrecht nr. 47, Deventer: Kluwer, derde druk, 2003, p. 159-160.

12 Uitvoeringsbesluit aansprakelijkheid gevaarlijke stoffen en milieuverontreiniging, *Stb.* 1994, 888, laatstelijk gewijzigd in *Stb.* 2002, 169.

13 Zie over onder andere (de invoering van) art. 6:175 BW W.Th. Braams, ‘Tussen Scylla en Charybdis, Buitencontractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op de grens van de Boeken 6 en 8 BW’, *TMA* 1995/1, p. 1-10 en E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Studiepockets privaatrecht nr. 47, Deventer: Kluwer, derde druk, 2003, p. 157-169.

14 Luidende: “1. De eigenaar van een erf dat aan een openbaar of stromend water grenst, mag van het water gebruik maken tot bespoeling, tot drenking van vee of tot dergelijke doeleinden, mits hij daardoor aan eigenaars van andere erven geen hinder toebrengt in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is. 2. Betreft het een openbaar water, dan is het vorige lid slechts van toepassing voor zover de bestemming van het water er zich niet tegen verzet.”



water grenst, dit openbare of stromend water op een wijze vervuult die andere eigenaren van erven schade berokkent.<sup>15</sup>

*Vervuild oppervlaktewater in eigendom van een private (rechts)persoon*

Het kan voorkomen dat er zich op het overgedragen terrein grond tevens oppervlaktewater bevindt waarvan de koper ná de bedrijfsovername eigenaar wordt (zie art. 5:20 BW).<sup>16</sup> Dit oppervlaktewater kan zijn vervuild doordat er in het verleden bepaalde stoffen in zijn geloosd, dan wel doordat verontreiniging via de bodem of via de waterbodem diffuus is doorgedrongen in het oppervlaktewater. Gedacht kan worden aan een ondergronds gelegen lekkende olietank waarbij de olie via de bodem in het oppervlaktewater terecht is gekomen.<sup>17</sup> In deze situaties is de Wet op de waterhuishouding (Wwh) waarschijnlijk niet toepasselijk, aangezien de eigenaar van het oppervlaktewater in het algemeen ook zelf als beheerder optreedt.<sup>18</sup> Derden zullen niet snel de eigenaar aanspreken, aangezien zij geen directe schade lijden vanwege de verontreiniging van het oppervlaktewater aanwezig op het terrein grond in eigendom van de veroorzaker of diens rechtsopvolger. Maar uitgesloten is dit niet, bijvoorbeeld indien derden dit oppervlaktewater in eigendom van een private partij gebruiken, of indien huurders of pachters op het desbetreffende terrein schade lijden vanwege de oppervlaktewatervervuiling, dan wel er sprake is van verontreiniging van grondwater naar andere percelen toe.

*Toepasselijkheid van de wettelijke zorgplichten zoals omschreven in art. 1.1a Wm en art. 13 Wbb in civielrechtelijke context*

Daarnaast kan de schadelijgende derde eventueel de veroorzaker van de oppervlaktewaterverontreiniging aanspreken op grond van het feit dat hij de algemene zorgplichten ten aanzien van het milieu, waaronder de bodem, zoals voortvloeiende uit art. 1.1a Wm,<sup>19</sup> art. 10.1 Wm<sup>20</sup> en art. 13 Wbb, heeft overtreden.<sup>21</sup>

15 Zie hierover J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2 Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, vierde druk, 2001, p. 599-624.

16 Art. 5:20 aanhef en onder d BW luidt: "De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt: (d) het water dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap met water op eens anders erf staat."

17 Zie voor een dergelijke situatie in de jurisprudentie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1992, *NJ* 1993, 89.

18 Zie art. 12 Wwh.

19 Art. 1.1a Wm luidt als volgt: "1. Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht. 2. De zorg, bedoeld in het eerste lid, houdt in elk geval in dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zo veel mogelijk te beperken of ongedaan te maken."

20 Art. 10.1 Wm: "Een ieder die handelingen met betrekking tot afvalstoffen verricht of nalaat en die weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat daardoor nadelige gevolgen voor het milieu ontstaan of kunnen ontstaan, is verplicht alle maatregelen te nemen of na te laten die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde die gevolgen zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken."

21 Art. 13 Wbb is overigens alleen toepasselijk in geval van bodemverontreiniging veroorzaakt ná 1 januari 1987. Een zorgplicht met betrekking tot de verpakking van bepaalde gevaarlijke stoffen is opgenomen in artikel 34 van de Wet milieugevaarlijke stoffen.

Een rechtsreeks beroep op artikel 1.1a Wm zal de schadelijgende private burger/(rechts)persoon echter vooralsnog niet baten. Hetzelfde kan worden gezegd van het zorgplichtartikel 10.1 Wm. Art. 10.1 Wm bevat wel een concretere norm (ten aanzien van afvalstoffen) in vergelijking tot art. 1.1a Wm. Art. 10.1 Wm vindt ook aansluiting met het bepaalde in art. 6:175 BW. De Hoge Raad heeft in 2003 geoordeeld dat art. 1.1a Wm geen norm bevat die wat betreft de aansprakelijkstelling voor milieuschade naast het bepaalde in art. 6:162 BW een zelfstandige betekenis heeft.<sup>22</sup> Een rechtstreeks beroep op dit wetsartikel in het kader van een kostenverhaalsactie is dus volgens de Hoge Raad niet mogelijk. Een dergelijke kostenverhaalsactie, dus ook in het kader van schade geleden vanwege verontreiniging van oppervlaktewater, zal via art. 6:162 e.v. BW moeten plaatsvinden. Art. 1.1a Wm is een handhavingsartikel waarop het bevoegd gezag in het kader van bestuursrechtelijke handhaving een beroep kan doen.<sup>23</sup> In geval van schending van de zorgplicht zoals vastgelegd in art. 1.1a Wm, kan er echter niet op grond van art. 1.1a Wm worden overgegaan tot civielrechtelijk kostenverhaal. Dan kan uiteraard wél tot kostenverhaal op grond van door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang worden overgegaan.

Ik kan mij wél voorstellen dat er in de toekomst meer gewicht aan art. 1.1a Wm wordt toegekend, ook door de civiele rechter. Op welke manier komt hierna nog ter sprake. Nadeel van art. 1.1a Wm blijft trouwens dat het zeer ruim is geformuleerd, zodat concrete toepassing, ook in het kader van bestuursrechtelijke handhaving, moeilijk kan zijn.<sup>24</sup> Ongeacht of een beroep op art. 1.1a Wm mogelijk is, kan de schadelijgende derde in elk geval trachten zijn geleden schade via art. 6:162 BW, art. 6:175 BW of art. 5:40 BW te verhalen op de veroorzaker van de oppervlaktewaterverontreiniging.

---

22 Zie HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 292, m.nt. CJHB en *AB* 2004, 41, m.nt. GAvdV, r.o. 3.3.3: “De door het onderdeel gehuldigde opvatting komt erop neer dat onder “een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt” in de zin van art. 1.1a Wm mede te verstaan is degene die geen maatregelen neemt om de gevolgen van milieubedreigend gedrag dat hem niet kan worden toegerekend zo veel mogelijk te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken, ofschoon hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat die voor het milieu nadelige gevolgen kunnen intreden. Voor deze opvatting biedt echter noch de tekst van art. 1.1a Wm noch de hiervoor onder 3.3.1 aangehaalde toelichting een aanknopingspunt. Naar ook in de literatuur algemeen wordt aangenomen, bevat art. 1.1a Wm niet een norm die, wat betreft de aansprakelijkheid voor – kort gezegd – saneringskosten, naast het bepaalde in art. 6:162 BW zelfstandige betekenis heeft. (...)” Over dit oordeel van de Hoge Raad valt te twisten, zie bijvoorbeeld P.F.A. Bierbooms, ‘Aansprakelijkheid voor de kosten van overheden voor het opruimen van asbest en andere stoffen’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2005/5, p. 155-163. Het bevoegd gezag kan de gemaakte kosten in elk geval wél verhalen via de bestuursrechtelijke weg, bijvoorbeeld ter voldoening van de kosten die het bevoegd gezag heeft gemaakt ten aanzien van bestuursdwang.

23 Vergelijk wat betreft de mogelijkheden van het bevoegd gezag om een beroep te kunnen doen op art. 1.1a Wm ABRvS 8 december 2004, *AB* 2005, 44, m.nt. FM, r.o. 2.3.3. Binnen het bestuursrechtelijke kader is een beroep op art. 1.1a Wm door het handhavende bevoegd gezag ook niet altijd mogelijk. Zie ook ABRvS 3 september 2003, *AB* 2003, 388 m.nt. FM.

24 Vergelijk P.F.A. Bierbooms, ‘Aansprakelijkheid voor de kosten van overheden voor het opruimen van asbest en andere stoffen’, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2005/5, p. 158.

Ook het zorgplichtartikel 13 Wbb is primair een handhavingsartikel.<sup>25</sup> Dit artikel bevat echter wél concretere normen welke zijn vastgelegd in de art. 6 – 11 Wbb. De kwalificatie van handhavingsartikel betekent ook hier dat overtreding van deze wettelijke zorgplicht kan leiden tot acties van de overheid tegen de veroorzaker van bodemverontreiniging. Volgens *Bos* en *Wildeboer* kan de overheid actie ondernemen via hetzij bestuursrechtelijk optreden tegen de overtreder (bestuursdwang of dwangsom), hetzij via vergoeding van schade op grond van onrechtmatige daad dan wel via een strafrechtelijke vervolging op grond van de WED.<sup>26</sup> Burgers kunnen zich in elk geval tot het bevoegd gezag richten met het verzoek deze wettelijke zorgplichtbepaling te handhaven.

Wat betreft de opmerking van *Bos* en *Wildeboer* dat de overheid op grond van art. 13 Wbb ook vergoeding van schade op grond van de onrechtmatige daad kan verhalen, is de volgende discussie van belang. Er dient naar mijn mening een onderscheid te worden gemaakt tussen de mogelijkheid om op grond van de zorgplicht vastgelegd in art. 13 Wbb in het kader van kostenverhaal (niet op grond van uitgeoefende bestuursdwang) direct een beroep te doen op art. 13 Wbb, dan wel deze bepaling als grondslag te nemen voor de onrechtmatige daadsactie (art. 6:162 lid 2 BW).<sup>27</sup> Daarnaast is het de vraag of art. 13 Wbb ook ondersteuning biedt voor een onrechtmatige daadsactie van een vanwege de ontstane bodemverontreiniging schadelijgende private burger/(rechts)persoon.

Ook in geval van diffuse verontreiniging van oppervlaktewater is art. 13 Wbb mogelijk van belang. Ingevolge art. 13 Wbb moet de veroorzaker van bodemverontreiniging immers de bodem saneren of de aantasting en de directe gevolgen daarvan beperken of zoveel mogelijk ongedaan maken. Schade geleden vanwege oppervlaktewaterverontreiniging ontstaan door diffuse verontreiniging via de (water)bodem of het grondwater, kan bij voldoende bewijs (causaal verband) immers een direct gevolg zijn van die bodemverontreiniging. In dat geval zou art. 13 Wbb mede toepasselijk kunnen zijn in geval van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem of het grondwater.

Art. 13 Wbb kan de wettelijke bepaling zijn waarmee in strijd is gehandeld door de veroorzaker van de verontreiniging, waardoor onrechtmatig is gehandeld (zie art. 6:162 lid 2 BW). Op deze manier kan de zorgplicht voortvloeiende uit art. 13 Wbb (jo. de art. 6 – 11 Wbb) als grondslag voor een onrechtmatige daadsactie die-

25 Vergelijk H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming*, Band 1, Artikelsgewijze toelichting (B-2.3), Artikel 13 Wbb, 9-2000/aanvulling 84, p. 21.

26 H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming*, Band 1, Artikelsgewijze toelichting (B-2.3), Artikel 13 Wbb, 9-2000/aanvulling 84, p. 15: "Overtreding van de zorgplicht kan leiden tot juridische acties vanuit de overheid: een bestuursrechtelijke aanzegging van bestuursdwang of een dwangsom, een civielrechtelijke aanspraak op vergoeding van de daardoor ontstane schade op grond van onrechtmatige daad en een strafrechtelijke vervolging op grond van de Wet economische delicten."

27 Art. 6:162 lid 2 BW luidt: "Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond."

nen. Art. 13 Wbb ziet echter op de feitelijke ongedaanmaking van de (water) bodemverontreiniging of op de feitelijke ongedaanmaking of inperking van de directe gevolgen daarvan. Dit wetsartikel ziet derhalve niet op schadevergoeding geleden door directe gevolgen van bodemverontreiniging.

Het zorgplichtartikel 13 Wbb zal door de civiele rechter naar de huidige stand van de rechtspraak niet zelfstandig worden gebruikt in het kader van civielrechtelijk kostenverhaal door schadelijgende derden/de overheid. Daarvoor moet worden voldaan aan de vereisten van onrechtmatige daad. Ik kom tot deze conclusie aangezien ook ten aanzien van artikel 1.1a Wm deze mogelijkheid momenteel immers niet wordt aangenomen, alhoewel daarbij de opmerking moet worden geplaatst dat die bepaling wel erg ruim is geformuleerd.<sup>28</sup> En in art. 1.1a lid 3 Wm wordt zelfs direct verwezen naar het civiele recht: “Het bepaalde in het eerste en tweede lid laat onverlet de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en de mogelijkheid van rechtspersonen als bedoeld in artikel 1, boek 2, van het Burgerlijk Wetboek, om uit dien hoofde in rechte op te treden”.

De milieurechtelijke zorgplichten vastgelegd in bijvoorbeeld de art. 1.1a Wm, 10.1 Wm en 13 Wbb kunnen derhalve onder omstandigheden als de wettelijke plicht worden aangeduid waarmee in strijd wordt gehandeld (art. 6:162 lid 2 BW). Dat betekent dat aan alle normale eisen van onrechtmatige daad moet worden voldaan. In die zin hebben de wettelijke milieu-zorgplichten inderdaad geen zelfstandige betekenis, met name niet in verband met kostenverhaalsacties, omdat de zorgplichten geen betrekking hebben op kostenverhaalsacties, maar juist op ongedaanmaking van milieuverontreiniging door de veroorzaker van die milieuverontreiniging zelf. De zorg voor het milieu zoals neergelegd in de art. 1.1a Wm en 13 Wbb zijn primair bestuursrechtelijke handhavingsartikelen waarop het bevoegd gezag (bestuursrechtelijk of strafrechtelijk) een beroep kan doen, maar geven mede zorgvuldigheidsnormen weer die via (als grondslag) de onrechtmatige daadsactie van art. 6:162 e.v. BW civielrechtelijke werking kunnen hebben tussen de schadelijgende en kostenverhaal zoekende overheid en burgers én burgers onderling. Naar mijn mening kan derhalve ook een civiele partij/burger een beroep doen op een milieurechtelijke zorgplichtbepaling, maar alleen in zoverre deze als grondslag dient voor de onrechtmatige daadsactie van art. 6:162 e.v. BW. Een rechtstreeks beroep op dergelijke bepalingen in het kader van civielrechtelijk kostenverhaal wordt thans – in elk geval wat betreft art. 1.1a Wm – door de civiele rechter afgewezen.

---

<sup>28</sup> HR 7 november 2003, *NJ* 2004, 292, m.nt. CJHB.

<sup>29</sup> *Stb.* 2000, 43.

### *Lozingenbesluiten*

Aansprakelijkheid (verantwoordelijkheid) voor het ontstaan van oppervlaktewater kan tevens voortvloeien vanwege overtreding van bepaalde lozingenbesluiten, zoals het Lozingenbesluit open teelt en veehouderij,<sup>29</sup> het Lozingenbesluit Wvo bodemsanering en proefbronnering<sup>30</sup> en het Lozingenbesluit WVO stedelijk afval.<sup>31</sup> De desbetreffende lozing moet dan wel voortvloeien uit een activiteit die is omschreven in één van de desbetreffende lozingenbesluiten.<sup>32</sup>

### *Wet op de waterhuishouding*

In geval van oppervlaktewaterverontreiniging via een vervuilde waterbodem of vervuilde oever is de Wwh<sup>33</sup> in het algemeen niet toepasselijk. De Wwh geeft regels met betrekking tot afvoer en lozing van water in oppervlaktewater waarover de lozer niet het beheer voert. Art. 12 van de Wwh bepaalt: “Degene die water afvoert naar, aanvoert uit, loost in of onttrekt aan oppervlaktewateren waarover hij niet het beheer voert, is in daartoe aan te wijzen gevallen verplicht de wijze van afvoer, aanvoer, lozing of onttrekking te melden en – eventueel – de afgevoerde, aangevoerde, geloosde of onttrokken waterhoeveelheden te meten, daarvan aantekening te houden en van de verkregen gegevens opgave te doen.” De Wwh is derhalve alleen toepasselijk indien (1) er sprake is van afvoer, lozing op, of onttrekking van, water aan oppervlaktewater en (2) diegene die afvoert, loost of onttrekt niet het beheer voert over dat oppervlaktewater. De Wwh schept alleen een registratieplicht, en speelt in het kader van een bedrijfsovername en de mogelijke aansprakelijkheidsverdeling in het algemeen van geen rol van betekenis.

### *De Grondwaterwet*

In geval van diffuse verontreiniging via de (water)bodem kan de Grondwaterwet toepasselijk zijn.<sup>34</sup> De Grondwaterwet is echter niet een typische milieuwet. Zekere milieuhygiënische aspecten spelen wel een rol bij de vergunningverlening. Dit geldt met name ten aanzien van infiltratie van oppervlaktewater in de bodem.<sup>35</sup> De Grondwaterwet is slechts in specifieke situaties toepasselijk. Deze wet heeft

---

<sup>30</sup> *Stb.* 2005, 532.

<sup>31</sup> *Stb.* 2007, 143.

<sup>32</sup> Vergelijk ABRvS 25 juni 2003, *AB* 2003, 358, m.nt. AvH, r.o. 2.6: “Ten overvloede merkt de Afdeling op dat appellant op grond van het Lozingenbesluit slechts aansprakelijk is voor lozingen ten gevolge van nader in het Lozingenbesluit omschreven agrarische activiteiten die op zijn grond plaats vinden. Het Lozingenbesluit kan geen basis vormen voor de aansprakelijkheid van appellant voor lozingen die vanaf zijn grond plaatsvinden doch die hun oorsprong niet vinden in die nader omschreven activiteiten.”

<sup>33</sup> De Wwh handelt over de overheidszorg die zich richt op het op en in de bodem vrij aanwezige water met het oog op de daarbij betrokken belangen, zie artikel 1 Wwh.

<sup>34</sup> Momenteel wordt op Europees niveau ook gewerkt aan een Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van het grondwater tegen verontreiniging, COM (2003), 550, d.d. 19 september 2003.

<sup>35</sup> H.F.M.W. van Rijswijk, *De kwaliteit van water*, Deventer: Kluwer, Europese Monografieën, nr. 70, 2001, p. 93.

immers alleen betrekking op het onttrekken of infiltreren van grondwater.<sup>36</sup> Op grond van art. 14 lid 1 Grondwaterwet is het verboden grondwater te onttrekken of te infiltreren, tenzij Gedeputeerde Staten daarvoor een vergunning hebben verleend. In geval van verontreiniging van het grondwater is de Grondwaterwet niet altijd toepasselijk. Grondwaterverontreiniging ontstaat immers vaak door lekkages in de bodem en niet uit het specifiek onttrekken en infiltreren van grondwater. Er is dan ook alleen in die specifieke situaties waarin sprake is van het onttrekken of infiltreren van grondwater een vergunningplicht.

### *De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid*

De Richtlijn Milieuaansprakelijkheid heeft mede betrekking op de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling wat betreft veroorzaking van oppervlaktewaterverontreiniging (zie art. 2 lid 1 onder b).<sup>37</sup> In de Nederlandse implementatiewetgeving wordt onder ‘milieuschade’ waarop de nieuw ingevoerde titel 17.2 van de Wm (getiteld: Maatregelen bij milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan) betrekking heeft tevens verstaan (zie art. 17.6 lid 1 Wm):

“elke vorm van schade aan wateren die een aanmerkelijke negatieve invloed heeft op de ecologische, chemische of kwantitatieve toestand of het ecologisch potentieel, als omschreven in de kaderrichtlijn water, van de betrokken wateren, met uitzondering van de negatieve effecten waarop artikel 4, zevende lid, van die richtlijn van toepassing is.”

Ook wat betreft de verontreiniging van oppervlaktewater geldt dat titel 17.2 van de Wm (en de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid) alleen toepasselijk is wat betreft schade die is veroorzaakt ná 30 april 2007.<sup>38</sup> Het bevoegd gezag kan van de veroorzaker van de milieuschade herstelmaatregelen verlangen (zie art. 17.13 Wm), en eventueel de door het bevoegd gezag gemaakte kosten op de veroorzaker (‘degene die de activiteit verricht’) verhalen (art. 17.16 Wm). Het is op dit moment nog afwachten welk effect deze nieuwe wetgeving – ook met betrekking tot oppervlaktewaterverontreiniging en de verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid daarvoor – zal hebben in Nederland. Zal deze nieuwe wetgeving een nieuw en effectief middel worden, of zal het van geringe waarde zijn naast het al bestaande wettelijke instrumentarium in de Wvo en de Wm? In elk geval geeft de nieuwe wettelijke regeling een extra en duidelijk geformuleerde grondslag voor verantwoordelijkstelling voor bepaalde soorten van milieuschade, en voor kostenverhaal

36 Zie art. 11 jo. art. 1 van de Grondwaterwet. Het ‘infiltreren’ van water houdt in het water in de bodem brengen ter aanvulling van het grondwater met het oog op het onttrekken van grondwater.

37 Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *Pb EU*, L 143/56.

38 Zie de art. 17 en 19 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid en art. 17.8 Wm. Dit laatste artikel luidt: “In afwijking van artikel 17.7 is deze titel niet van toepassing op: (...) c. milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan veroorzaakt door een emissie of gebeurtenis: 1. die voor 30 april 2007 heeft plaatsgevonden, 2. die na 30 april 2007 heeft plaatsgevonden, indien de schade het gevolg is van een specifieke activiteit die heeft plaatsgevonden en is beëindigd voor die datum, of 3. die meer dan 30 jaar geleden heeft plaatsgevonden.”

op de veroorzaker van die milieuschade. Deze wetgeving zal mede onderwerp van discussie kunnen zijn ten tijde van een bedrijfsovername. Bijvoorbeeld vanwege de mogelijkheden tot kostenverhaal op de te kopen onderneming/inrichting door het bevoegd gezag, zie art. 17.17 Wm:

“De bevoegdheid tot kostenverhaal met betrekking tot de uit hoofde van deze titel genomen maatregelen verjaart door verloop van een periode van vijf jaar na de dag waarop die maatregelen geheel zijn voltooid of na de dag waarop degene die de milieuschade of de onmiddellijke dreiging daarvan veroorzaakt is geïdentificeerd, indien deze dag later valt.”

Kortom, ook een rechtsopvolger kan vanaf 30 april 2007 worden geconfronteerd met de verplichtingen voortvloeiende uit titel 17.2 van de Wm.

### *6.2.3      Bedrijfsovernames en oppervlaktewaterverontreiniging*

Problemen met betrekking tot verontreiniging van oppervlaktewater in verband met bedrijfsovernames zullen met name kunnen rijzen in geval van ‘sluipende’ diffuse verontreiniging, aangezien de oppervlakteverontreiniging zich dan vaak pas na een bepaald tijdsverloop openbaart. Welke juridische problemen spelen dan een rol van betekenis?

Ten eerste is er het probleem dat ‘sluipende’ verontreiniging via de (water)bodem of het grondwater vaak in mindere mate voor de veroorzakende (rechts)persoon voorzienbaar is. Het is bijvoorbeeld niet altijd voorzienbaar dat een bepaalde lekkage via de grond en het grondwater het oppervlaktewater kilometers verderop gelegen vervuult en daarbij ook nog eens schade bij derden veroorzaakt, zoals schade aan gewassen aldaar (vergelijk het Kalimijnen-arrest van de Hoge Raad). De onvoorzienbaarheid van de schade kan soms met zich meebrengen dat in dergelijke gevallen het schuldelement bij de veroorzaker ontbreekt. De veroorzaker kan niet schuldig worden bevonden aangezien hij niet kon vermoeden dat zijn handelingen dergelijke schade tot gevolg zou hebben.

Ten tweede speelt de vraag op welke termijn de bodemverontreiniging het oppervlaktewater gaat vervuilen. Deze termijn is in geval van diffuse verontreiniging via de (water)bodem of het grondwater (veel) langer dan bij ‘gewone’ verontreinigingsgevallen via directe lozingen in het oppervlaktewater. Soms gaan er in geval van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem jaren voorbij voordat de verontreiniging van het oppervlaktewater zich openbaart, en is de vervuiler een rechtsvoorganger van de huidige eigenaar of erfpachter van het industrieterrein. Daarnaast kan ook de schade veroorzaakt vanwege de oppervlaktewaterverontreiniging zich pas na enige tijd openbaren. Pas na verloop van tijd blijken gewassen dood te gaan vanwege het gebruik van verontreinigd oppervlaktewater, gaat het vee dood of openbaart zich de verontreiniging van de oever of waterbodem.

Kortom, het causale verband tussen de veroorzakende handeling en de schade is bij diffuse verontreiniging niet altijd duidelijk vast te stellen. Dit mede vanwege het grotere tijdsverloop waarna de schade zich openbaart, waardoor het ontstaan van de schade vanwege de veroorzakende handeling niet altijd voorzienbaar was voor de veroorzaker van de verontreiniging. Daarnaast speelt tevens een andere rechtsvraag een rol van betekenis. Namelijk, naar welk moment moet de veroorzaking van de vervuiling worden beoordeeld: op het moment van de oorspronkelijk bodemvervuilende handeling, dan wel op het moment van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem en het grondwater?

*Het moment van verontreiniging in verband met mogelijke aansprakelijkstelling/verantwoordelijkstelling*

Voor aannahme van het moment van handelen als het moment voor aansprakelijkstelling voor de uiteindelijk veroorzaakte oppervlaktewaterverontreiniging pleit dat alleen de veroorzaker van de verontreiniging aansprakelijk wordt gehouden voor alle daaruit voortvloeiende oppervlaktewaterverontreinigingen. Nadeel van deze benadering is dat de oppervlakteverontreiniging vaak pas na enig tijdsverloop ontstaat, en dat de veroorzaker geen eigenaar, erfpachter of gebruiker meer is van het bedrijfsterrein van waaruit de verontreiniging van het oppervlaktewater wordt veroorzaakt, dan wel niet meer bestaat (is ontbonden als rechtspersoon). Voor aannahme van het moment van diffuse verontreiniging als het moment van aansprakelijkstelling pleit dat op dát moment de verontreiniging van het oppervlaktewater ook daadwerkelijk ontstaat. De verontreiniging van het oppervlaktewater had voorkomen kunnen worden door de huidige eigenaar of erfpachter van de grond, bijvoorbeeld door het tijdig saneren van de vervuilde grond dan wel door middel van het plaatsen van een damwand,<sup>39</sup> zodat de grond het oppervlaktewater niet kan verontreinigen. Keerzijde van deze wijze van aansprakelijkstelling is dat een niet-veroorzaker aansprakelijk wordt gehouden voor gevolgschade via de oppervlakteverontreiniging van een vervuilende handeling die hij niet zelf heeft verricht. Echter, ook wat betreft bodemverontreiniging kan tegenwoordig via art. 55b Wbb een kwalitatieve wettelijke saneringsplicht komen te rusten op de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van een terrein grond, ongeacht of hij als veroorzaker van die bodemverontreiniging is aan te merken (zie hoofdstuk 3). We

---

39 Vergelijk Rb. Rotterdam 28 maart 2007, *TMA* 2007, 3, p. 77-80, r.o. 2.9 en r.o. 2.10: “2.9. (...) De rechtbank heeft hier gedoeld op een onrechtmatige daad bestaande in het nalaten van maatregelen ter voorkoming van verspreiding van verontreiniging. De rechtbank heeft geoordeeld dat in deze specifieke situatie de Gemeente op de hoogte was van een ernstige verontreiniging, die zich, naar de rechtbank heeft vastgesteld, verplaatste, hetgeen voor de Gemeente gelet op de plaatselijke grondgesteldheid ook te verwachten was. Het plaatsen van een damwand was voorts een noodzakelijke maatregel om schade voor de eigenaren van belendende percelen te voorkomen. Het is niet de inbreuk op het eigendomsrecht die hier de grond vormt voor het oordeel dat het zelf niet nemen van die maatregel (of eventueel een andere, adequate, maatregel) door de Gemeente onrechtmatig is, maar hetgeen in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van de eigenaren van naburige percelen betaamt. (...) 2.10. De schade die de Gemeente door dit nalaten heeft veroorzaakt is gelijk aan de kosten van het slaan van de damwanden.”



hebben het hier echter niet over een kwalitatieve uit de wet voortvloeiende verplichting. Daarvoor zou eerst een nieuwe bepaling in de wet moeten worden opgenomen. Voormelde benadering wat betreft aansprakelijkstelling/verantwoordelijkstelling van de huidige eigenaar of erfpachter is thans naar mijn mening mogelijk indien het aantoonbaar is dat de huidige eigenaar of erfpachter verwijtbaar niet heeft ingegrepen en de diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater heeft laten plaatsvinden.

Als de eigenaar of erfpachter van de vervuilde grond, al dan niet veroorzaker, op de hoogte is van de bodemverontreiniging, dan zal op hem op grond van de algemene zorgplicht (art. 1.1a Wm en art. 6:162 BW: een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt) naar mijn mening ook de plicht rusten om te voorkomen dat via die bodemverontreiniging ook het oppervlaktewater wordt verontreinigd. Dit betekent dat ook de eigenaar of erfpachter, niet-veroorzaker, aansprakelijk/verantwoordelijk kan worden gehouden door schadelijgende derden wat betreft de diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de bodem, indien deze diffuse verontreiniging plaatsvindt op het moment waarop hij eigenaar of erfpachter is van de desbetreffende grond, en hij de verspreiding van de oppervlaktewaterverontreiniging had kunnen voorkomen.

*Reinigingswerkzaamheden ten aanzien van het oppervlaktewater uitgevoerd door de overheid: wijzen waarop de overheid deze kosten kan verhalen*

Indien er sprake is van een lozing in de zin van de Wvo of in de zin van Richtlijn 76/464/EEG<sup>40</sup> in strijd met, of in afwijking van, de geldende Wvo-vergunning, kan de desbetreffende vergunninghouder daarvoor door het bevoegd gezag worden aangesproken, desnoods via het opleggen van een last onder dwangsom. Indien het bevoegd gezag maatregelen ter reiniging of ter voorkoming van verontreiniging van het oppervlaktewater heeft genomen naar aanleiding van de illegale lozing, kan zij de kosten dienaangaande verhalen op de overtredende vergunninghouder. Dit kan via kostenverhaal ná door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang.

In geval van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de (water)bodem ligt de zaak gecompliceerder. Het bevoegd gezag dat kosten ter reiniging van het oppervlaktewater heeft gemaakt zal de veroorzaker van de verontreiniging kunnen aanspreken, dan wel de eigenaar of erfpachter van de grond die niet de primair vervuilende handeling heeft verricht, maar die heeft nagelaten de ernstige bodemverontreiniging die de oppervlaktewaterverontreiniging heeft veroorzaakt te verwijderen of te voorkomen. Vaak is dan sanering van de (water)

---

40 Deze richtlijn (*Pb EG*, L 129, blz. 23) wordt op termijn ingetrokken, zie artikel 22 van de Richtlijn 2000/60/EG van 23 oktober 2000, *Pb EG*, L 327/1.

bodem, en soms zelfs (indien dit technisch en praktisch gezien mogelijk en noodzakelijk is) schoning van het oppervlaktewater zélf noodzakelijk. De maatregelen ten aanzien van de waterbodem kunnen door het bevoegd gezag worden afgedwongen via het saneringsbevelartikel 63k Wbb (zie daarover uitgebreid hoofdstuk 3).

Bestuursrechtelijk kostenverhaal kan tevens plaatsvinden op grond van de wettelijke zorgplichten zoals neergelegd in bijvoorbeeld de art. 1.1a Wm en 13 Wbb. Zoals hiervoor uiteengezet, kunnen de zorgplichten voortvloeiende uit deze wet-artikelen niet zelfstandig leiden tot kostenverhaal via de civiele rechter. Wél kan overtreding van deze zorgplichtartikelen eventueel als grondslag dienen voor een onrechtmatige daadsactie op grond van art. 6:162 BW e.v.; er moet dan aan alle overige vereisten voor onrechtmatige daad zijn voldaan.

#### 6.2.4 *Verskillende wijzen van bedrijfsovername*

Voor bespreking van contractuele aspecten ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkheid voor oppervlaktewaterverontreiniging, bijvoorbeeld in geval van erfpacht, huur en opstal verhoudingen, zie hoofdstuk 7. Hieronder volgen enige meer algemene opmerkingen met betrekking tot de activa/passivatransactie en de juridische fusie en (af)splitsing. De aandelenoverdracht blijft hier onbesproken, aangezien er zich in die situatie geen wijziging voordoet wat betreft de aansprakelijke rechtspersoon, maar alleen de aandelen in andere handen komen.

##### *De activa/passivatransactie*

Deze wijze van bedrijfsovername kan voor complicaties zorgen. Het betreffen dan immers situaties waarin de verontreinigende handeling (lozing) geheel of gedeeltelijk heeft plaatsgevonden vóór het moment van overdracht van de activa waarmee de verontreinigende handelingen zijn uitgevoerd, en de schadelijkende overheid of derde(n) pas ná die verkoop en overdracht verhaal zoeken. Bijvoorbeeld omdat de oppervlaktewaterverontreiniging pas na enige tijd is ontdekt of schadelijke gevolgen heeft, en de gevolgschade pas later na het moment van de overname is ontdekt.

Behoudens de situaties waarin sprake is van diffuse verontreiniging via de (water)bodem (zie daarover hierna) en veroorzaking welke doorloopt tot ná het moment van bedrijfsovername, lijkt het dan niet mogelijk om de nieuwe eigenaar van de installaties/activa als veroorzaker aan te spreken. De onrechtmatige of milieu(vergunnings)voorschriften overtredende lozing heeft dan wel plaats gevonden vanuit de gekochte installaties/inrichting, maar vóór het moment de huidige eigenaar als vergunninghouder verantwoordelijk werd voor deze installaties. De voorgaande eigenaar (verkoper) heeft de lozing veroorzaakt en is daarvoor aansprakelijk/verantwoordelijk als overtreder of als diegene die de onrechtmatige daad heeft gepleegd. De huidige eigenaar van de installaties/inrichting is niet als overtreder of als diegene die een onrechtmatige daad pleegt aan te duiden. Dit is

anders in geval van bijvoorbeeld (water)bodemverontreiniging, omdat de verantwoordelijkheid tot sanering dan kan rusten op de niet veroorzakende eigenaar of erfpachter, zie hierna. Contractspartijen kunnen onderling uiteraard wél contractueel overeen komen dat de rechtsopvolger verantwoordelijk is voor de sanering of betaling van de (mogelijke) schade ontstaan vanwege de verontreiniging van het oppervlaktewater.

Een andere situatie is die waarin sprake is van diffuse verontreiniging via de (water)bodem en het zich daarin bevindende grondwater welke in eigendom of erfpacht is van de koper. Indien de diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater plaatsvindt ná de activa/passivatransactie, is de verkoper weliswaar de primaire veroorzaker van de (water)bodemverontreiniging, maar vindt de diffuse lozing plaats op het moment dat de koper van de activa en passiva (waaronder de grond) eigenaar of erfpachter is van de (water)bodem van waaruit de verontreiniging van het oppervlaktewater ontstaat. In die situaties kan de koper wél verantwoordelijk/aansprakelijk worden gehouden, omdat er vanaf zijn perceel grond vervuiling van het oppervlaktewater plaatsvindt. De nieuwe eigenaar kan deze diffuse verontreiniging voorkomen door bijvoorbeeld preventieve maatregelen te nemen, iets dat niet mogelijk is bij een (directe) lozing in het oppervlaktewater die plaats heeft gevonden vóór het plaatsvinden van de activa/passivatransactie. Daarnaast kan de nieuwe eigenaar of erfpachter door het bevoegd gezag worden gedwongen tot sanering van de (water)bodem.

#### *De juridische fusie en (af)splitsing*

Via de juridische fusie of (af)splitsing gaan alle activa van de verdwijnende of afsplitsende rechtspersoon van rechtswege over op de verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen. Dat betekent dat ook mogelijke verantwoordelijkheden of aansprakelijkheden jegens het bevoegd gezag of schadelijdende derden vanwege lozingen in het oppervlaktewater in het verleden overgaan op de verkrijgende rechtspersoon. Probleem is ook hier weer met name het geval van juridische (af)splitsing. Welke rechtspersoon blijft dan verantwoordelijk voor de lozing en/of de verontreiniging van het oppervlaktewater? Er zal met name moeten worden gekeken naar welke rechtspersoon welke activa (installaties) van de oude inrichting heeft verkregen, met daarmee samenhangend de vraag voor welke rechtspersoon de Wvo-vergunning is gaan gelden en ten slotte welke rechtspersoon feitelijk de werkzaamheden uitvoert.

Een ander probleem kan de solvabiliteit van de desbetreffende verkrijgende rechtspersoon zijn. Zoals in voorgaande hoofdstukken al ter sprake is gekomen, kan de juridische (af)splitsing of fusie ook met zich brengen dat de verkrijgende rechtspersoon een minder sterke vermogenspositie heeft dan de rechtsvoorganger. Een belangrijke bepaling is echter het eerder in dit boek ter sprake gekomen art. 2:334t lid 1 BW, luidende: “De verkrijgende rechtspersonen en de voort bestaande gesplitste rechtspersoon zijn aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing”. Dus in geval van

een verbintenis tot schadevergoeding voortvloeiende uit een onrechtmatige daad, blijven alle rechtspersonen betrokken bij de juridische (af)splitsing aansprakelijk voor de nakoming van deze verbintenis. Er moet dan wél sprake zijn van een verbintenis die ten tijde van de juridische (af)splitsing reeds bestaat.

### 6.3 Het systeem van emissiehandel in Nederland

Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door luchtverontreiniging is zeer moeilijk aantoonbaar. Dit komt vooral vanwege het vaak moeilijk aantoonbare causale verband tussen de veroorzakende handeling/gebeurtenis en de daardoor veroorzaakte schade. Er vinden immers dagelijks zeer vele emissies tegelijk plaats en de vervuiling die daardoor in de lucht terecht komt kan soms honderden kilometers verderop neerslaan. Alleen indien er sprake is van specifieke emissies die zeer specifieke effecten (schade) in de (nabije) omgeving toebrengen, is een causaal verband tussen de emissie en de schade aantoonbaar.<sup>41</sup> Daarnaast is het tijdsverloop tussen de emissie en de schade meestal niet erg groot, zodat deze problematiek niet snel bij bedrijfsovernames een rol van betekenis zal spelen. Dit is alleen anders indien bepaalde bedrijven of bedrijfstakken (retrospectief) worden aangesproken voor bijvoorbeeld luchtverontreiniging (en de schadelijke gevolgen daarvan) in het verleden veroorzaakt door die bepaalde bedrijven of bedrijfstakken. Iets soortgelijks is bijvoorbeeld gebeurd bij het achteraf aansprakelijk stellen van de tabaksindustrie vanwege de schadelijke effecten voor de gezondheid die het roken van sigaretten met zich mee kan brengen. Op de uitzonderlijke situatie waarin bepaalde bedrijven of bedrijfstakken collectief worden aangesproken vanwege bijvoorbeeld het door die bedrijven en bedrijfstakken veroorzaakte broeikaseffect en de schadelijke gevolgen daarvan, die in de toekomst wellicht ooit realiteit zal worden, ga ik hier verder niet in. Hier merk ik op dat een dergelijke collectieve aansprakelijkstelling achteraf niet eenvoudig zal zijn en politiek voor veel discussie zal gaan zorgen. Immers, wij allen hebben in het verleden gebruikgemaakt van de producten van deze broeikasgas uitstotende bedrijven, en het is daarom de vraag of en waarom alleen die bedrijven of bedrijfstakken daarvoor aansprakelijk kunnen worden gesteld. Met andere woorden, de opwarming van de aarde via de uitstoot van broeikasgassen kan ook als collectieve verantwoordelijkheid van de gehele samenleving worden beschouwd, waarbij niet slechts enkelen kunnen worden aangesproken. Dit aspect van het aansprakelijk stellen van

---

41 Bijvoorbeeld via bespuiting van landbouwpercelen, vergelijk Hof Den Haag 27 juni 1984, *NJ* 1985, 725, r.o. 6: "(...) De Rb., de specialisatie van het bedrijf van Van Beek vermeldend, heeft daarmee tot uitdrukking gebracht dat, in geval van een bespuiting als de onderhavige praktisch zonder uitzondering leidt tot schade aan gewassen zoals tulpenbollen op een belendend perceel, Van Beek zulks wist of behoorde te weten. In dat geval had Van Beek in beginsel de opdracht van Mastenbroek c.s. niet moeten uitvoeren en handelde Van Beek in beginsel onrechtmatig jegens de eigenaar van of belanghebbende bij de tulpebollen ook in geval Van Beek had mogen aannemen dat deze niet een ander was dan de opdrachtgever, Mastenbroek c.s. In laatstgenoemd geval zou het beginsel toepassing kunnen missen indien ook Mastenbroek c.s. wisten of behoorden te weten dat schade aan tulpebollen praktisch zeker was doch zij desalniettemin de opdracht gaven c.q. handhaafden, van welk een en ander de Rb. evenwel niet is uitgegaan."

bepaalde bedrijven en bedrijfstakken in retrospectief zal de komende jaren waarschijnlijk nog tot veel juridische en politieke discussie leiden. In deze paragraaf richt de aandacht zich op het nieuwe systeem van de CO<sub>2</sub>- en NO<sub>x</sub>-emissiehandel. Dit systeem kan namelijk een rol van betekenis spelen ten tijde van bedrijfsovernames.

### 6.3.1 Emissiehandel: algemeen

Het systeem van emissiehandel is in Nederland en Europa pas recentelijk ingevoerd, met als consequentie dat de gevolgen voor het bedrijfsleven daarvan nog niet geheel duidelijk zijn.<sup>42</sup> In deze paragraaf wordt alleen ingegaan op de voor de overnamepraktijk van belang zijnde hoofdlijnen van deze regelgeving.

Het systeem van emissiehandel vindt haar oorsprong in het Kyoto-protocol,<sup>43</sup> en is in de Europese Unie uitgewerkt via de richtlijnen 2001/81/EG en 2003/87/EG.<sup>44</sup> In Nederland is de broeikasgasemissiehandel per 1 januari 2005 van start gegaan. Regels dienaangaande zijn neergelegd in hoofdstuk 16 (Handel in emissierechten) van de Wm. Titel 16.2 is alleen toepasselijk op inrichtingen waarin zich één of meer broeikasgasinstallaties (CO<sub>2</sub>) bevinden (art. 16.2 lid 1 Wm), waarbij het verboden is zonder een vergunning van het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit de inrichting in werking te hebben, uit te breiden, (de werking daarvan) te veranderen of het desbetreffende monitoringsprotocol ingrijpend te veranderen (art. 16.5 lid 1 Wm). De bedrijven krijgen voor elke planperiode<sup>45</sup> vooraf een aantal broeikasgasemissierechten van overheidswege (door de ministers van VROM en Economische Zaken) toegewezen. Komen zij broeikasgasemissierechten te kort voor een bepaalde planperiode, dan kunnen zij die kopen. Omgekeerd kunnen bedrijven die toegewezen broeikasgasemissierechten overhouden deze verkopen. Op die wijze ontstaat een handel in broeikasgasemissierechten.

42 Ik noem hier de volgende publicaties: R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten, Juridische aspecten van emissiehandel voor CO<sub>2</sub> in Nederland en de Europese Unie* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2005, met name p. 59-84, M.H. Koster, 'Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgesloten'?', *WPNR* 05/6617, p. 301-305 en de reactie van J.S. Kortmann op dit artikel in *WPNR* 05/6631, p. 625-627, J.S. Kortmann, 'De overdracht van CO<sub>2</sub>-emissierechten nader beschouwd', *NJB* 2005/8, p. 392-396, J.R. van Angeren, 'Vermogensrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel emissiehandel', *NbBW* 2004/nr. 7/8, p. 118-121, J.M. Bazelmans, 'Aansprakelijkheid bij handel in emissierechten, Een overzicht van overheids- en contractuele aansprakelijkheid', *TMA* 2003/4, p. 100-107, I. van Tol en H. Oldenziel, 'NO<sub>x</sub>-emissie-handel in juridische perspectief', *M&R*, 2002/nr. 7/8, p. 181-188. Zie tevens de website [www.emissierechten.nl/juridische\\_aspecten.htm](http://www.emissierechten.nl/juridische_aspecten.htm). Zie voor fiscale en ondernemingsrechtelijke aspecten van emissiehandel het themanummer van *Ondernemingsrecht* 2006/16, getiteld 'Themanummer: CO<sub>2</sub>-emissierechten', met daarin artikelen van R.F.J. Holland, 'Tussenpersoon als kreukelzone bij de handel in emissierechten' (p. 564-569), R.J. de Vries en W.P.A. Ouwehand, 'Fiscale aspecten van CO<sub>2</sub>-emissiehandel' (p. 569-572) en T. van Wijngaarden, 'Verwerking van emissierechten in de jaarrekening' (p. 573-576).

43 *Tractatenblad* 1999, 110

44 Richtlijn 2001/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 inzake nationale emissieplafonds voor bepaalde luchtverontreinigende stoffen, *Pb*, L 2001/309 en Richtlijn 2003/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 96/61/EG van de Raad, *Pb*, L 2003/275. Naar aanleiding van deze richtlijnen zijn er overigens andere richtlijnen en verordeningen op Europees niveau tot stand gebracht.

45 De planperiodes zijn: 1 januari 2005-1 januari 2008 en vervolgens elke vijf jaar, zie art. 16.23 lid 2 Wm.

Daarnaast is er per 1 juni 2005 een nationaal systeem van verhandelbare NO<sub>x</sub>-emissierechten ingevoerd (titel 16.3 van de Wm).<sup>46</sup> Verschil met het systeem van broeikasgasemissiehandel is dat er bij het systeem van NO<sub>x</sub>-emissiehandel is gekozen voor een zogenaamd prestatienorm systeem.<sup>47</sup> Dit systeem brengt met zich dat de relatieve uitstoot (dat wil zeggen, ten opzichte van het desbetreffende energieverbruik) van NO<sub>x</sub> bepalend is voor de vraag of een bedrijf al dan niet aan de vastgestelde prestatienorm voldoet. Gevolg hiervan is dat de vaststelling van het aantal emissierechten achteraf plaatsvindt aan de hand van het in een kalenderjaar opgebouwde aantal NO<sub>x</sub>-emissierechten per bij maatregel van bestuur aangegeven eenheid brandstof die in de NO<sub>x</sub>-installatie wordt verbruikt of per aangegeven eenheid product dat in de NO<sub>x</sub>-installatie wordt vervaardigd (art. 16.50 Wm en art. 18 en de Bijlagen II tot en met IV van het Besluit handel in emissierechten). Daarbij wordt het aantal opgebouwde emissierechten per gigajoule verbruikte brandstof per kalenderjaar steeds scherper gesteld.<sup>48</sup> Overigens zijn er ook veel overeenkomsten tussen de systemen van NO<sub>x</sub>-emissiehandel en de broeikasgasemissiehandel: er bestaat een vergunningplicht (art. 16.49 lid 1 Wm), de Nederlandse Emissieautoriteit is het bevoegde gezag, de emissierechten worden geregistreerd door de Nederlandse Emissieautoriteit en een groot aantal wetsartikelen met betrekking tot de broeikasgasemissiehandel in titel 16.2 Wm zijn van overeenkomstige toepassing verklaard op de handel in NO<sub>x</sub>-emissierechten.

### 6.3.2 *De overdracht van broeikasgasemissierechten (CO<sub>2</sub>)*

Broeikasgasemissierechten zijn in het algemeen overdraagbaar en op geld waardeerbaar, en dus vermogensrechten in de zin van artikel 3:6 BW.<sup>49</sup> Ik zeg hier ‘in het algemeen overdraagbaar’, aangezien de Wm een aantal van het algemene Nederlandse vermogensrecht afwijkende regels geeft. Alle bij de overdracht van broeikasgasemissierechten betrokkenen<sup>50</sup> moeten een rekening op naam hebben in het register voor handel in broeikasgasemissierechten of in een register dat door de betrokken lidstaat van de Europese Unie overeenkomstig de EG-verordening registratie van handel in broeikasgasemissierechten is ingesteld (art. 16.40 lid 1 Wm). Een tweede beperking ten aanzien van de mogelijkheid tot overdracht is vastgelegd in art. 16.40 lid 2 Wm. Indien een bezitter van broeikasgasemissierechten op of ná 1 april van een kalenderjaar deze rechten wil overdragen, kan dat alleen indien een onafhankelijke deskundige een verklaring zoals bedoeld in art.

46 Wet van 28 april 2005 tot wijziging van de Wet Milieubeheer en de Wet op de Economische Delicten in verband met de invoering van een systeem van handel in emissierechten met het oog op het beperken van de handel van stikstofoxiden (handel in NO(x)-emissierechten), *Stb.* 2005, 233.

47 R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten, Juridische aspecten van emissiehandel voor CO<sub>2</sub> in Nederland en de Europese Unie* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2005, p. 59.

48 Zie de Bijlagen II tot en met IV van het Besluit handel in emissierechten.

49 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 71.

50 Dit kunnen zowel natuurlijke als rechtspersonen zijn. Zie ook art. 16.44 Wm, dat bepaalt dat een ieder broeikasgasemissierechten kan bezitten. Dit betekent dat ook bijvoorbeeld milieuorganisaties broeikasgasemissierechten kunnen kopen en op die manier deze rechten ‘uit de markt’ kunnen halen. Zie hierover ook J.R. van Angeren, ‘Vermogensrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel emissiehandel’, *NbBW* 2004/nr. 7/8, p. 119.

16.12 lid 1 onder c Wm heeft afgegeven. In een dergelijke (goedkeurende) verklaring wordt door een onafhankelijke deskundige weergegeven dat het emissieverslag van de vergunninghouder<sup>51</sup> voldoet aan de eisen die daaraan bij of krachtens hoofdstuk 16 Wm zijn gesteld.<sup>52</sup> J.S. Kortmann merkt overigens terecht op dat de blokkade van art. 16.40 lid 2 Wm soms een probleem kan vormen voor de koper van emissierechten. Bijvoorbeeld, indien de verkoper van de desbetreffende emissierechten de goedkeurende verklaring heeft vervalst. Dan immers, zullen de emissierechten, ondanks de af- en bijschrijving in het emissieregister, gezien het bepaalde in art. 16.40 lid 2 Wm niet rechtsgeldig zijn overgedragen aan de koper.<sup>53</sup>

Daarnaast kent het systeem van overdracht van broeikasgasemissierechten enkele andere van het algemene civiele recht afwijkende regels. Op de titel (bijvoorbeeld koop) is het algemene art. 3:84 BW toepasselijk. De levering van broeikasgasemissierechten vindt echter plaats via de af- en bijschrijving van de desbetreffende broeikasgasemissierechten in het register door de Nederlandse Emissieautoriteit (art. 16.41 lid 1 Wm). Deze leveringshandeling door de emissieautoriteit (de registratie van de privaatrechtelijke titel) heeft als publiekrechtelijk (én privaatrechtelijk, dit is immers de leveringshandeling waarop art. 3:84 BW doelt) gevolg dat de koper (meestal zal de privaatrechtelijke titel de koop zijn) over deze emissierechten de beschikking krijgt.

In geval van een overgang onder algemene titel, waarvoor normaliter geen aparte leveringshandeling is vereist, geldt dat af- en bijschrijving in het emissieregister door de Nederlandse Emissieautoriteit is vereist om de overdracht ook gelding te doen hebben ten opzichte van derden.<sup>54</sup> Anders dan de tekst van art. 16.41 lid 2 Wm doet vermoeden,<sup>55</sup> merkt de Nederlandse regering in de Memorie van Toelichting bij art. 16.41 Wm op dat voor het verkrijgen van een broeikasgasemissierecht onder algemene titel geen leveringshandeling is vereist. Zowel de rechten als de plichten met betrekking tot een emissierecht gaan van rechtswege over zonder dat hiervoor enige rechtshandeling is vereist, aldus de regering.<sup>56</sup> Opvallend is dat art. 16.41 lid 2 Wm bepaalt dat lid 1 van dat artikel, dat vaststelt dat de af- en bijschrijving van de broeikasgasemissierechten in het emissieregister de voor de overdracht vereiste levering is, geldt voor elke overgang anders dan overdracht. Daaronder valt ook de verkrijging onder algemene titel (vergelijk art. 3:80 lid 1 BW). Blijkbaar geeft deze laatste redenering niet de bedoeling van de wetgever weer. Er dient in geval van een overgang onder algemene titel van broeikasgasemissierechten van uit te worden gegaan, dat de bij- en afschrijving van de broeikasgasemissierechten in het emissieregister géén leveringshandeling betreft,

---

51 Art. 16.12 lid 1 onder b Wm.

52 Art. 16.14 lid 1 Wm.

53 J.S. Kortmann, 'De overdracht van CO<sub>2</sub>-emissierechten nader beschouwd', *NJB* 2005/8, p. 392-396, in het bijzonder p. 395.

54 Art. 16.41 leden 2 en 3 Wm.

55 Luidende: "Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing op elke overgang anders dan overdracht."

56 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 73.

maar alleen de (uiteraard door de betrokken partijen gewenste) derdenwerking bewerkstelligt.<sup>57</sup> Ter verduidelijking zou de wetgever in art. 16.41 lid 2 Wm kunnen bepalen, dat onder ‘elke overgang anders dan overdracht’ het bepaalde in art. 16.41 lid 1 niet als leveringshandeling geldt in geval van een overgang onder algemene titel.

De registratie van de broeikasgasemissierechten maakt van deze rechten overigens geen registergoederen (art. 3:10 BW). De art. 3:16 BW jo. 8 lid 1 Kadasterwet verwijzen immers niet naar voormeld emissierechtenregister, zodat broeikasgasemissierechten niet als registergoederen zijn aan te duiden.<sup>58</sup> Dit betekent dat ook geen notariële akte ten behoeve van de overdracht hoeft te worden opgesteld.<sup>59</sup>

Een andere van het algemene privaatrecht afwijkende regeling is het art. 16.42 Wm. In dit wetsartikel wordt namelijk afgeweken van het in het Nederlandse privaatrecht algemeen geldende causale stelsel van overdracht (zie art. 3:84 lid 1 BW). In dit causale stelsel is voor een rechtsgeldige overdracht zowel een geldige titel als een geldige leveringshandeling noodzakelijk. Welnu, aangezien art. 16.42 lid 1 Wm bepaalt dat nietigheid, vernietiging of ontbinding van de overeenkomst (de titel) die tot de overdracht van het broeikasgasemissierecht heeft geleid nadat die overdracht is voltooid, geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overdracht van het desbetreffende emissierecht, wordt het causale stelsel in het systeem van de broeikasgasemissiehandel verlaten. Hiervoor in de plaats treedt het zogenaamde abstracte stelsel, waarbij het ‘wegvallen’ van de titel geen (directe) consequenties heeft voor de rechtsgeldigheid van de overdracht. De Nederlandse regering geeft in de Memorie van Toelichting een uitgebreide toelichting op deze afwijking van het gangbare causale stelsel.<sup>60</sup> Over de wenselijkheid van een der-

57 Zie de opmerkingen van de Nederlandse regering in *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 7, p. 27.

58 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 72 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 4, p. 26. De omstandigheid dat het thans niet geheel duidelijk is of het emissieregister een zogenaamd ‘positief’ register is (met een ‘positief’ register wordt bedoeld dat de informatie die in het register staat zonder meer voor juist wordt gehouden), kan volgens J.S. Kortmann tot onduidelijkheden leiden. Bijvoorbeeld in geval van faillietverklaring waarbij de gefailleerde op de dag van de faillietverklaring nog beschikkingshandelingen (zoals verkoop) ten aanzien van de emissierechten heeft uitgevoerd (vergelijk art. 23 Fw). Zie zijn artikel ‘De overdracht van CO<sub>2</sub>-emissierechten nader beschouwd’, *NJB* 2005/8, p. 392-396, in het bijzonder p. 394-395.

59 Vergelijk art. 3:89 lid 4 BW.

60 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 73-74: “Zou een verkrijging van emissierechten en daarmee de bevoegdheid tot gebruik kunnen ontbreken of kunnen vervallen als gevolg van vernietiging of ontbinding van de onderliggende overeenkomst, dan zou dat zowel voor de koper als voor een efficiënte toepassing van de wet tot zeer ingrijpende en moeilijk te overziene gevolgen leiden. Daarbij moet nog het volgende worden bedacht. Ten eerste zal er waarschijnlijk sprake zijn van een groot aantal internationale overeenkomsten. Hierop is het Nederlandse recht maar ten dele van toepassing. Stel dat een Nederlander met een Engelsman een overeenkomst sluit en deze wordt in de betreffende registers verwerkt. Indien deze overeenkomst alsnog zou worden vernietigd dan is het ondoenlijk dit in de registratie terug te draaien. Immers, indien de registratie dan teruggedraaid zou kunnen worden, zou dat in drie registers verwerkt moeten worden, namelijk in het Nederlandse register voor handel in broeikasgasemissierechten, in het Engelse register voor emissierechten en dan nog in het logboek dat bijgehouden wordt door de Commissie. Dit zou te diep in de werking van de systemen ingrijpen. Een andere complicatie is dat de emissierechten maar een beperkte geldigheidsduur hebben. Emissierechten kunnen vrijwillig worden ingeleverd met het verzoek deze in te trekken (artikel 16.38, tweede lid, Wm). Ook worden emissierechten die na afloop van de planperiode nog op de rekening van de →



gelijk abstract stelsel valt te twisten. Indien emissierechten bijvoorbeeld onder bedreiging of bedrog zijn overgeschreven naar de rekening van de bedreigende of bedriegende, kan het ten aanzien van de bedreigde of bedrogene heel onredelijk zijn de overdracht in stand te laten. *M.H. Koster* geeft het bijzondere voorbeeld waarin een milieuactivist er in slaagt iemand onder bedreiging de Nederlandse Emissieautoriteit de emissierechten naar de rekening van de milieuactivist te laten overschrijven.<sup>61</sup> Daarnaast wijst *Koster* op de situatie waarin een rechtshandeling (bijvoorbeeld verkoop) op grond van de *actio pauliana* (art. 3:45 BW en 42 Fw) wordt vernietigd. Ook dan blijft de overdracht in stand.<sup>62</sup> In een reactie naar aanleiding van voormeld artikel van *Koster* merkt *J.S. Kortmann* overigens, naar mijn mening terecht, op dat de door *Koster* bepleitte leer van de 'goederenrechtelijk overeenkomst'<sup>63</sup> niet door de wetgever is beoogd.<sup>64</sup>

De onredelijkheid die uit voorgaande twee voorbeelden van *Koster* naar voren komt (en er zijn natuurlijk nog meer van dit soort onredelijke gevallen denkbaar), wordt echter aanzienlijk verzacht, aangezien de vernietiging van de overeenkomst uiteraard wel een verbintenisrechtelijke aanspraak van diegene die de overeenkomst vernietigt op teruglevering van de desbetreffende emissierechten doet ontstaan.<sup>65</sup> Op deze wijze kan diegene die de overeenkomst vernietigt van diegene, bij wie de broeikasgasemissierechten onterecht zijn bijgeschreven op zijn emissierekening, verlangen deze broeikasgasemissierechten, zijnde een onverschuldigde betaling, terug te leveren (door de Nederlandse Emissieautoriteit over te laten schrijven) aan diegene die (achteraf) zonder rechtsgrond de broeikasgasemissierechten heeft geleverd.<sup>66</sup> Deze methode is, in vergelijking tot het causale stelsel, minder sterk, maar biedt wel een (verbintenisrechtelijke) grondslag voor teruglevering. Afgaand op de door de Nederlandse regering naar voren gebrachte bezwaren tegen het causale stelsel in verband met de handel in broeikasgasemissierechten, is de keuze voor een abstract stelsel naar mijn mening geen slechte. De gewenste rechtszekerheid komt via dit stelsel goed tot haar recht. Bij het maken van keuzes speelt altijd het probleem dat bepaalde andere belangen minder goed tot hun recht komen. In dit geval kan worden geconcludeerd dat op de rechtsbescherming van de verkrijger van broeikasgasemissierechten een sterkere nadruk ligt dan op de rechten van de vervreemder van broeikasgasemissierechten. Deze

---

emittent staan en niet zijn ingeleverd ingetrokken (artikel 16.38, derde lid, Wm). Indien de registratie van ingetrokken emissierechten zou kunnen worden teruggedraaid zou dit allerlei ongewenste complicaties opleveren. Een en ander rechtvaardigt dat van het in artikel 3:84 BW vervatte causale stelsel wordt afgeweken."

61 M.H. Koster, 'Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgesloten'?', *WPNR* 05/6617, p. 301-305, in het bijzonder p. 304.

62 M.H. Koster, 'Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgesloten'?', *WPNR* 05/6617, p. 301-305, in het bijzonder p. 304.

63 In welke leer ook de leveringshandeling zélf als overeenkomst moet worden gekwalificeerd, die dús vernietigbaar is zodat het beoogde abstracte stelsel van overdracht van broeikasgasemissierechten teniet wordt gedaan.

64 J.S. Kortmann, 'Reactie op "Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgestoten'" van mw. mr. M.H. Koster in *WPNR* (2005) 6617', *WPNR* 05/6631, p. 625-627, in het bijzonder p. 627.

65 Vergelijk J.S. Kortmann, 'Reactie op "Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgestoten'" van mw. mr. M.H. Koster in *WPNR* (2005) 6617', *WPNR* 05/6631, p. 625-627, in het bijzonder p. 626.

66 Art. 6:203 lid 1 BW.

conclusie kan wel nader worden genuanceerd, in die zin dat aan de vervreemder wél een verbintenisrechtelijke grondslag tot teruglevering toekomt.

### 6.3.3 *De overdracht van NO<sub>x</sub>-emissierechten*

Belangrijke afwijking ten opzichte van de broeikasgasemissierechten is dat in de emissievergunning een verkoopplafond ten aanzien van NO<sub>x</sub>-emissierechten wordt opgenomen (art. 16.49, leden 3 en 4 Wm). Boven dit plafond mag de desbetreffende eigenaar van de NO<sub>x</sub>-emissierechten geen rechten meer overdragen. De vereisten van overdracht zijn kort gezegd dat (1) de overdracht alleen kan plaatsvinden tussen houders van NO<sub>x</sub>-emissievergunningen, (2) op het moment dat de voorgenomen overdracht plaatsvindt toepassing is gegeven aan artikel 16.50 Wm en (3) door de overdracht het emissieplafond niet door de verkoper wordt overschreden (art. 16.56 Wm). Deze vereisten gelden ook in geval van een juridische fusie of (af)splitsing (zie art. 16.56 lid 3 Wm). De levering geschiedt, eveneens in geval van broeikasgasemissierechten, via de af- en bijschrijving van de NO<sub>x</sub>-emissierechten in het register, ook in geval van een overgang onder algemene titel (art. 16.57 leden 1 en 2 Wm). In dit laatste geval werkt de overdracht pas tegenover derden nadat het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit de overgang in het register heeft geregistreerd (art. 16.57 lid 3 jo. art. 16.41 lid 3 Wm). Ook in geval van de overdracht van NO<sub>x</sub>-emissierechten is afgeweken van het gangbare duale stelsel van overdracht (art. 16.57 lid 3 jo. art. 16.42 Wm).

### 6.3.4 *Overdracht van emissierechten in het kader van een bedrijfs-overname*

#### 6.3.4.1 *De overdracht van broeikasgasemissierechten (CO<sub>2</sub>)*

Bij de verkoop en overdracht van broeikasgasemissierechten zijn twee verschillende situaties te onderscheiden. Ten eerste het geval waarin alleen de broeikasgasemissierechten zélf worden verkocht en overgedragen. Afdeling 16.2.5 (art. 16.40 – 16.42) van de Wm heeft met name betrekking op deze situatie. Ten tweede kan er sprake zijn van de overdracht van een rechtspersoon die een inrichting drijft, en ten behoeve van deze inrichting ook emissierechten in eigendom heeft. Dan vindt de overdracht van emissierechten plaats als onderdeel van de bedrijfs-overname, hetgeen overigens niet altijd betekent dat de art. 16.40 – 16.42 Wm dan níet toepasselijk zijn.

*De aandelentransactie: geen aparte overdracht van broeikasgasemissierechten vereist*

Stel dat een vennootschap – al dan niet daarvoor speciaal opgericht waarin alle broeikasgasemissierechten ten behoeve van een concern zijn ondergebracht – broeikasgasemissierechten in eigendom heeft, en de aandelen van deze vennootschap worden verkocht en overgedragen aan een ander. Aangezien de broeikasgasemissierechten zijn geregistreerd op naam van de vennootschap, zal een aandelenoverdracht geen gevolgen hebben voor de geregistreerde broeikasgasemis-

sierchten. Pas als de nieuwe aandeelhouder besluit de broeikasgasemissierechten (gedeeltelijk) ‘uit de vennootschap te halen’, zal er sprake zijn van een overdracht van broeikasgasemissierechten zélf. De wet stelt nergens dat ook een gezagsverhouding binnen de eigenaar/rechtspersoon van de broeikasgasemissierechten moet leiden tot hernieuwde registratie van de desbetreffende broeikasgasemissierechten. De inrichting die de broeikasgassen emitteert is als zodanig vergunningplichtig (zie art. 16.5 Wm). Wél kan de bijzondere situatie bestaan dat een emissievergunning wordt ingetrokken of geweigerd door het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit omdat de nieuwe drijver van de inrichting vanwege bepaalde omstandigheden (uit het verleden) niet (meer) het vertrouwen heeft van het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit.<sup>67</sup>

Dat de emissievergunning kan worden ingetrokken staat niet met zoveel woorden in de wet beschreven (art. 16.10 Wm spreekt alleen van een weigering van vergunningverlening in verband met het ingediende monitoringsprotocol), maar vloeit naar mijn mening wel voort uit de weigeringsbevoegdheid van het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit. Uit art. 16.10 Wm blijkt immers dat de emissievergunning ook geweigerd kan worden indien het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit van oordeel is dat onvoldoende is gewaarborgd dat de vergunninghouder in staat is het monitoringsprotocol naar behoren uit te voeren. De in het register ingeschreven eigenaar van de broeikasgasemissierechten (de vennootschap) heeft dan wel een probleem. De vennootschap kan dan de desbetreffende broeikasgasemissierechten niet meer gebruiken ten behoeve van haar bedrijfsvoering. In hoeverre intrekking van de emissievergunning onder omstandigheden onredelijk is te noemen jegens de koper van de aandelen en de ingeschreven vennootschap, is niet in het algemeen weer te geven. Wél kunnen de bij de aandelenovereenkomst betrokken partijen overeenkomen dat het contract wordt ontbonden indien blijkt dat de Nederlandse Emissieautoriteit, na bijvoorbeeld consultatie door de potentiële verkoper van de aandelen, besluit dat de voor de desbetreffende vennootschap die de inrichting drijft geldende emissievergunning wordt ingetrokken ná de eventuele aandelenoverdracht.<sup>68</sup> Deze situatie zal zich niet snel voordoen, en als zij zich voordoet zal er wellicht ook een probleem zijn met betrekking tot de Wm-vergunning. Maar het is natuurlijk altijd denkbaar dat de Nederlandse Emissieautoriteit slechte ervaringen met de koper heeft, of aan de Nederlandse Emissieautoriteit feiten worden overgelegd of bekend gemaakt waaruit blijkt dat beter geen emissievergunning meer aan de desbetreffende vennootschap kan worden gegeven, gezien het gebrek aan vertrouwen in de nieuwe aandeelhouder.<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Art. 16.10 Wm.

<sup>68</sup> De voorwaarde moet wel zijn uitgewerkt vóór het moment van overdracht, zie art. 16:42 lid 2 Wm.

<sup>69</sup> Art. 16.10 Wm.

*De activa/passivatransactie: overdracht van broeikasgasemissierechten onder bijzondere titel*

Deze situatie is juridisch gezien het meest interessant in dit verband. Immers, in geval van een activa/passivatransactie, zal voor elk actief, dus ook ten aanzien van het actief 'broeikasgasemissierechten' aan de voor dat actief geldende wijze van overdracht moeten worden voldaan. Twee aspecten zijn in dit geval van belang.

- (1) Indien de verkoop van de broeikasgasemissierechten een integraal onderdeel uitmaakt van de koopovereenkomst, zal vernietiging, nietigheid of ontbinding van deze koopovereenkomst niet (automatisch) met zich meebrengen dat ook de geldigheid van de leveringshandeling (de inschrijving in het emissieregister) vervalt. Er is hier immers geen sprake van een causaal stelsel. Ditzelfde geldt indien er een separate overeenkomst voor de verkoop van broeikasgasemissierechten is opgesteld. Vernietiging, nietigheid of ontbinding van de (raam)overnameovereenkomst en de separate overeenkomst tot overdracht van de broeikasgasemissierechten zal niet automatisch leiden tot het vervallen van de levering. Wél ontstaat er dan een civielrechtelijke plicht tot teruglevering vanwege onverschuldigde betaling, eventueel aangevuld met door partijen overeengekomen contractuele clausules,<sup>70</sup> zoals een verplichting tot schadevergoeding door de wanpresterende partij. Uiteindelijk zal de Nederlandse Emissieautoriteit zelf weer de overschrijving in het emissieregister in omgekeerde volgorde moeten bewerkstelligen.
- (2) Een ander punt van aandacht is dat levering onder bepaalde voorbehouden op grond van art. 16.42 lid 2 Wm niet mogelijk is. Elk (contractueel) voorbehoud ten aanzien van de overdracht van de broeikasgasemissierechten moeten zijn uitgewerkt op het moment dat de overdracht tot stand is gekomen.

*De juridische fusie en (af)splitsing: overdracht van broeikasgasemissierechten onder algemene titel*

Hier doet zich de aparte situatie voor waarbij de broeikasgasemissierechten, in eigendom van de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon, automatisch (onder algemene titel) als onderdeel van de juridische fusie of (af)splitsing overgaan op de rechtsopvolgende fusierechtspersoon of de (af)gesplitste (nieuw opgerichte) rechtspersoon. De wetgever merkt daarover op: "Zowel de rechten met betrekking tot een emissierecht als de plichten gaan van rechtswege over zonder dat hiervoor enige rechtshandeling is vereist. Een overgang onder algemene titel kan echter pas werking tegenover derden hebben indien de emissieautoriteit de verkrijging heeft geregistreerd (art. 16.41 lid 3 Wm). Dit heeft tot gevolg dat zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk de emissierechten geen rechtskracht hebben zolang ze

---

<sup>70</sup> Zie hierover ook J.M. Bazelmans, 'De implementatie van Europese handel in emissierechten in Nederland', *M&R* 2004/4, p. 214-220, in het bijzonder p. 219.

niet geregistreerd worden.”<sup>71</sup> Hier komt de afwijking van ons duale systeem van overdracht scherp naar voren. De rechten en plichten gaan wel automatisch over, maar de publiekrechtelijke leveringshandeling (art. 16.41 lid 1 Wm) geeft de overdracht pas privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsgevolg ten opzichte van derden. Dus ondanks de juridische fusie of (af)splitsing, ontstaat er pas rechtsgevolg ná af- en bijschrijving in het emissieregister door de Nederlandse Emissieautoriteit. Daarnaast is het niet mogelijk om de uitvoering van de leveringshandeling als voorbehoud in de akte van fusie of (af)splitsing op te nemen. Immers, een dergelijk voorbehoud is ongeldig, zie art. 16.42 lid 2 Wm. Ook in geval van een overgang onder algemene titel geldt dat de verkrijgende rechtspersoon moet voldoen aan de vereisten van art. 16.40 Wm. De nieuwe opgerichte fusierechtspersoon of verkrijgende rechtspersoon na een juridische splitsing, dient dus ingeschreven te staan in het emissieregister én dient over een broeikasgasemissievergunning te beschikken. Kortom, belangrijke vereisten waarover al vóór het plaatsvinden van de juridische fusie of (af)splitsing moet worden nagedacht.

#### 6.3.4.2 *De overdracht van NO<sub>x</sub>-emissierechten*

Naast de vele overeenkomsten zijn er dus enige verschillen tussen het stelsel van de broeikasgasemissiehandel en de handel in NO<sub>x</sub>-emissierechten. Eén belangrijk verschil met mogelijke consequenties voor de overnamepraktijk zal hier worden besproken.

In de NO<sub>x</sub>-emissievergunning is een emissieplafond vastgelegd, waarboven ingevolge de art. 16.49 lid 3 Wm<sup>72</sup> en 16.56 lid 2 Wm geen NO<sub>x</sub>-emissierechten meer mogen worden overgedragen door de vergunninghouder. Hoe werkt deze bepaling indien tussentijds de door de drijver gedreven inrichting/onderneming gedeeltelijk wordt verkocht (via een activa/passivatransactie) dan wel juridisch wordt (af)gesplitst?

Stel dat voor BV A in de emissievergunning ten aanzien van het jaar 2007 is vastgelegd dat zij X NO<sub>x</sub>-emissierechten mag overdragen. Indien BV A zijn bedrijf gedeeltelijk verkoopt of (af)splitst, zal zij daarbij wellicht een gedeelte van de X NO<sub>x</sub>-emissierechten willen overdragen aan de koper/verkrijgende rechtspersoon. Immers, deze rechten heeft zij zelf niet allemaal meer nodig (de inrichting wordt kleiner) en verkrijging van deze rechten is van groot belang voor de koper/verkrijgende rechtspersoon.

Partijen bij een overname of juridische (af)splitsing, en dan met name de koper/verkrijgende rechtspersoon, zullen eerst zekerheid willen hebben ten aanzien van het aantal over te dragen NO<sub>x</sub>-emissierechten. De verkoper/rechtsvoorganger zal op haar beurt de voor haar geldende NO<sub>x</sub>-emissievergunningsvoorschriften niet willen overtreden. Hoewel dit probleem niet in de wet zelf is vast-

<sup>71</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 73.

<sup>72</sup> Luidende: “In de vergunning wordt het aantal NO<sub>x</sub>-emissierechten vastgesteld dat in een kalenderjaar per overdracht hoogstens mag worden overgedragen.”

gelegd, moet er van uit worden gegaan dat in geval van een gedeeltelijke verkoop of juridische (af)splitsing van de door de drijver gedreven inrichting, ook het emissieplafond van de verkoper of de juridisch (af)splitsende rechtspersoon zoals vastgelegd in de emissievergunning evenredig wordt aangepast (verlaagd).<sup>73</sup> Dit omdat de verkoper of de juridisch (af)splitsende rechtspersoon ná de verkoop of juridische (af)splitsing nu eenmaal een kleinere inrichting gaat drijven. Daarnaast gaat de rechtsopvolger juist door met het verrichten van activiteiten, waarvoor NO<sub>x</sub>-emissierechten zijn benodigd. De koper/verkrijgende rechtspersoon zal dan wel eerst een NO<sub>x</sub>-emissievergunning moeten aanvragen en een rekening in het emissieregister moeten openen. Ook dan kan het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit onder omstandigheden weigeren aan de rechtsopvolger een NO<sub>x</sub>-emissievergunning af te geven.<sup>74</sup> Daarnaast zal het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit de leveringshandeling moeten verrichten, dat wil zeggen moeten zorgdragen voor de af- en bijschrijving in het NO<sub>x</sub>-emissieregister.

#### 6.4 Overgang van de benodigde vergunningen

Tot slot van dit hoofdstuk enige opmerkingen ten aanzien van de overgang van de verschillende (soms) benodigde vergunningen ten aanzien van de onderwerpen waarover in dit hoofdstuk is gesproken.

##### *De Wvo-vergunning*

Art. 7 lid 5 Wvo verklaart onder andere art. 8.20 Wm van overeenkomstige toepassing op de Wvo-vergunning.<sup>75</sup> Dit betekent dat ook de Wvo-vergunning gelding heeft voor eenieder die de inrichting drijft. In het geval er na een overname-transactie een nieuwe drijvende rechtspersoon is, gaat de Wvo-vergunning derhalve van rechtswege gelden voor deze nieuwe drijver. Ik verwijs verder naar hetgeen ik over de Wm-vergunning heb opgemerkt in par. 3.1. Wat betreft de mogelijkheden tot wijziging en intrekking van de Wvo-vergunning is afdeling 8.1.2 Wm (art. 8.22 – 8.26 Wm) van overeenkomstige toepassing verklaard (zie art. 7a lid 1 Wvo).

##### *De emissievergunning*

Emissie van CO<sub>2</sub> en NO<sub>x</sub> is verboden zonder emissievergunning verstrekt door het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit.<sup>76</sup> De drijver van de desbetreffende inrichting moet de emissievergunning aanvragen.<sup>77</sup> Ook hier geldt een regeling

<sup>73</sup> Dit door middel van een revisie van de emissievergunning, zie art. 16.49 lid 1 jo. art. 16.5 lid 2 jo. art. 8.4 Wm.

<sup>74</sup> Art. 16.49 lid 2 Wm jo. art. 16.10 Wm.

<sup>75</sup> Uitgezonderd de gevallen waarin de art. 31a jo. 1 lid 2 Wvo van toepassing zijn.

<sup>76</sup> Art. 16.5 Wm en art. 16.49 Wm.

<sup>77</sup> Art. 3 lid 1 Besluit handel in emissierechten.

overeenkomstig art. 8:20 Wm: de emissievergunning geldt voor iedereen die de inrichting drijft, en de drijver moet ervoor zorg dragen dat de aan de emissievergunning verbonden voorschriften worden nageleefd.<sup>78</sup> De overgang van de emissievergunning naar een andere houder moet wel aan het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit worden doorgegeven.<sup>79</sup> Wél kan het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit, gezien het bepaalde in art. 16.10 Wm, laatste zinsnede, eventueel de emissievergunning weigeren of intrekken in geval van een activa/passivatransactie respectievelijk een juridische fusie of (af)splitsing. In geval van een aandelentransactie zal een dergelijke intrekking zich overigens niet zo snel voor doen.

#### *De Grondwaterwetvergunning*

Indien er sprake is van rechtsopvolging, zal binnen 3 maanden na de overdracht wijziging van de tenaamstelling van de Grondwaterwet-vergunning moeten worden aangevraagd.<sup>80</sup> De Grondwaterwet-vergunning gaat derhalve niet, zoals de Wm-vergunning, van rechtswege gelden voor de nieuwe drijver van de inrichting. Er is een bestuursrechtelijk rechtshandeling nodig (wijziging tenaamstelling). Indien alleen de aandelen in de drijvende rechtspersoon worden overgedragen, zal geen wijziging van de tenaamstelling hoeven te worden aangevraagd, bij een verkoop van activa en passiva juist wél. In geval van een juridische fusie of (af)splitsing zal alleen een wijziging tenaamstelling moeten worden aangevraagd indien de vergunning door de juridische fusie of (af)splitsing aan een andere rechtspersoon wordt overgedragen, en deze andere rechtspersoon deze vergunde activiteiten ook zal uitoefenen.

### **6.5 Bevindingen**

Aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater is soms moeilijk aantoonbaar omdat het causale verband tussen de geleden schade en de schadeveroorzakende gebeurtenis niet altijd gemakkelijk aantoonbaar is. Daarnaast vindt de oppervlaktewaterverontreiniging vaak abrupt plaats, en speelt deze aansprakelijkheid ten tijde van een bedrijfsovername daarom meestal geen grote rol van betekenis. Dit kan anders zijn in geval van diffuse verontreiniging via de (water)bodem en het grondwater. Deze diffuse verontreiniging kan immers gedurende een langere periode plaatsvinden. Naast (water)bodemsanering kan dan aansprakelijkheid ontstaan voor elders ontstane milieuschade.

---

<sup>78</sup> Art. 16.19 Wm en art. 16.49 lid 2 Wm.

<sup>79</sup> Art. 16.12 lid 1 onder d jo. art. 16.49 lid 2 Wm.

<sup>80</sup> Zie art. 14 lid 5 van de Grondwaterwet.

De aansprakelijkstelling voor mogelijke oppervlaktewaterverontreiniging via de (water)bodem en grondwater is overigens niet alleen van belang ten tijde van verkoop van de (activa en passiva) van de onderneming die de desbetreffende inrichting drijft. Ook in geval van huur-, opstal- en erfpachtrelaties kunnen, al dan niet in verband met een bedrijfsovername, interessante aansprakelijkheidsvragen rijzen. Zie daarover hoofdstuk 7.

Aansprakelijkheid voor schade geleden door luchtverontreiniging is, in vergelijking met verontreiniging van oppervlaktewater, nog moeilijker terug te voeren op één specifieke (rechts)persoon. Er is in dit hoofdstuk alleen ingegaan op de recentelijk in Nederland ingevoerde systemen van emissiehandel van CO<sub>2</sub> en NO<sub>x</sub>. Deze systemen brengen een nieuwe wijze van overdracht met zich meebrengen, afwijkend van de gangbare civielrechtelijke regels van overdracht. Grootste afwijking is het niet van toepassing zijn van het in Nederland gangbare duale stelsel van overdracht. Dit betekent dat de levering van emissierechten niet van rechtswege vervalt indien de onderliggende titel, bijvoorbeeld koop, wegvalt (bijvoorbeeld vanwege de vernietiging van de koopovereenkomst). Een andere belangrijk specifiek element van de overdracht van emissierechten is dat de voor de overdracht vereiste leveringshandeling altijd door af- en bijschrijving in het emissieregister door het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit plaatsvindt. Het betreft hier zeg maar een ‘bestuursrechtelijke leveringshandeling’. Ook een overdracht onder algemene titel, zoals in geval van een juridische fusie of (af)splitsing, heeft pas gelding nadat het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit de af- en bijschrijving (de leveringshandeling) heeft uitgevoerd.





## Civielrechtelijke aspecten met betrekking tot aansprakelijkheid voor milieuschade in geval van bedrijfsovernames

### 7.1 Inleiding

In het kader van een bedrijfsovername zullen soms ook verontreinigde zaken, bijvoorbeeld een verontreinigd perceel grond of vaten giftige stoffen, worden overgedragen.<sup>1</sup> Daarnaast kunnen er vele andere milieu(rechtelijke) aspecten waaruit (vermogens)schade kan voortvloeien zijn verbonden aan de over te dragen onderneming of (on)roerende zaken. Schade kan bijvoorbeeld ontstaan vanwege de uitstoot van schadelijke stoffen in de lucht, directe lozingen op het oppervlaktewater, diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de grond en het grondwater, of vervuiling van naastgelegen percelen grond in het verleden. Waaraan valt concreet te denken? Bijvoorbeeld aan de volgende situaties:

- Schade aan andermans eigendommen (onrechtmatige daad) of veroorzaakte hinder ten opzichte van nabij gelegen eigenaren van grond;<sup>2</sup>
- Te betalen kosten vanwege overtreding van de toepasselijke milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de inrichting begaan vóór het moment dat de bedrijfsovername plaatsvindt. Denk aan bestuursdwangkosten en/of verbeurde dwangsommen;
- Schade aan natuurlijke habitats/natuurgebieden welke bijvoorbeeld op grond van het bepaalde in de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid en in de implementatiewetgeving dienaangaande in titel 17.2 van de Wm (getiteld ‘Maatregelen bij milieuschade of een onmiddellijke dreiging daarvan’) ongedaan moet worden gemaakt door de veroorzaker;
- Schade ontstaan vanwege vervoersactiviteiten van en naar de onderneming/inrichting. Denk bijvoorbeeld aan art. 8:1213 BW, betreffende aansprakelijkheid van een exploitant van een voertuig aan boord waarvan zich een gevaar-

1 Art. 5:20 BW bepaalt dat de eigenaar van een perceel grond tevens eigenaar is van: (i) de bovengrond, (ii) de zich daaronder bevindende aardlagen, (iii) het grondwater dat door een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen, (iv) het water dat zich op de grond bevindt en niet in open gemeenschap met water op een ander erf staat, (v) gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd en (vi) de met de grond verenigde beplanting. Dit betekent dus dat grondwater dat niet door een bron, put of pomp aan de oppervlakte is gekomen, niet in eigendom is van de eigenaar van het perceel grond. Dat is ook niet vreemd, aangezien het grondwater zich verplaatst onder de grond.

2 Art. 5:37 BW luidt: “De eigenaar van een erf mag niet in een mate of op een wijze die volgens artikel 162 van Boek 6 onrechtmatig is, aan eigenaars van andere erven hinder toebrengen zoals door het verspreiden van rumoer, trillingen, stank, rook of gassen, door het onthouden van licht of lucht of door het ontnemen van steun.”

lijke stof bevindt, en aan art. 8:1673, betreffende aansprakelijkheid van de exploitant van een spoorweg.<sup>3</sup> Denk ook aan het bepaalde in de toepasselijke milieu(vergunnings)voorschriften, bijvoorbeeld met betrekking tot verkeersongevallen of lekkende buizen;

- Verantwoordelijkheid voor de sanering van een verontreinigd bedrijfsterrein vroeger in eigendom en/of in gebruik van de over te nemen onderneming. Bijvoorbeeld omdat de rechtspersoon die de onderneming/inrichting drijft de veroorzaker van die verontreiniging was;
- Contractuele aansprakelijkheden rustende op de over te nemen rechtspersoon en voortvloeiende uit voorgaande bedrijfsovernames en uit overnamecontracten;
- Extra te maken kosten vanwege het aanpassen van de bestaande industriële installaties om aan de geldende milieu(vergunnings)voorschriften te kunnen (blijven) voldoen;<sup>4</sup>
- Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW), zie ook par. 6.2.2.

In dit hoofdstuk ligt de nadruk op de meer praktische civielrechtelijke, waaronder contractuele, aspecten van een bedrijfsovername en de daarbij spelende milieu-problematiek. Op welke wijzen kunnen contracterende partijen betrokken bij een bedrijfsovername omgaan met de verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid met betrekking tot milieuschade verbonden aan de te verkopen vennootschap of de activa/passiva?<sup>5</sup> Daarbij wordt ook ruimschoots aandacht besteed aan de civielrechtelijke rechtsverhoudingen tussen de erfpachter en diegene die de grond in erfpacht uitgeeft (par. 7.5), de huurder en de verhuurder (par. 7.6), en de grondeigenaar en diegene met een opstalrecht (par. 7.7). Vragen die daarbij kunnen rijzen zijn: welke aansprakelijkheidsverhoudingen gelden er tussen deze partijen naar het Nederlandse recht, en op welke wijzen kunnen de betrokken partijen onderling – contractueel – afspraken maken dienaangaande?

#### *Wetenschap van verontreiniging ten tijde van de koop*

Eventuele wetenschap van vervuiling van een perceel grond speelt nog steeds een belangrijke rol in Nederland speelt ten tijde van de koop voor zover het gaat om:

- (a) de verhaalsmogelijkheden van de koper/rechtsopvolger op de verkoper/rechtsvoorganger; en

3 Zie over de wettelijke risico-aansprakelijkheden voor gevaarlijke stoffen ook W.Th. Braams, 'Tussen Scylla en Charybdis, Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op de grens van de Boeken 6 en 8 BW', *TMA* 1995/1, p. 1-10.

4 Zie voor een opsomming van dergelijke aspecten ook: R.T. Weston en C.P. Wilson, 'Overall Structure of the Transaction', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-4 en p. 6-5.

5 Zie hierover in de Amerikaanse literatuur: J.S. Moskowitz, *Environmental Liability and Real Property Transactions*, Law and Practice, New York: John Wiley & Sons, Inc., second edition, 1995, p. 341-371, E.G. Geltman, *Shifting Environmental Risk, A Guide to Drafting Contracts and Structuring Transactions*, American Bar Association, 1999, E.G. Geltman, *Environmental Issues in Business Transactions*, Volume I, Charlottesville: The Michie Company Law Publishers, 1994, p. 105-149, p. 321-349, p. 469-476 en *Environmental Issues in Business Transactions, 1997 Cumulative Supplement*, p. 21-34, p. 175-201, Business Laws, Inc., Editorial Staff, *Limiting Liability in Transactions*, December 1994, 111 en 111 Supp. 6, p. 40.001-40.067.

- (b) de verhaalsmogelijkheden van de sanerende overheid (het bevoegd gezag) in verband met het relativiteitsvereiste.

In par. 7.2 zal daarom eerst aandacht worden besteed aan het zogenaamde (milieu) due diligence onderzoek<sup>6</sup> – waaronder het bodemonderzoek – voorafgaande aan de bedrijfsovername, overdracht van de grond of het sluiten van een overeenkomst van koop of huur, een erfpachtrecht en de daarbij horende erfpachtvoorwaarden, of het vestigen van een opstalrecht.

Kortom, dit hoofdstuk is gericht op de contractspraktijk in verband met de mogelijke aansprakelijkheden voor milieuschade verbonden aan de onderneming/inrichting die onderwerp is van de transactie, waarbij tevens handreikingen en ideeën voor de overname- en contractspraktijk worden gegeven.

## 7.2 Het milieu due diligence onderzoek

### 7.2.1 *Wetenschap van de bodemverontreiniging op het moment van verkrijging en verhaalsacties van de sanerende en handhavende overheid (bevoegd gezag)*

Niet alleen bij civielrechtelijke verhoudingen tussen de rechtsvoorganger en de rechtsopvolger speelt de mate van wetenschap van bodemverontreiniging en de reikwijdte van de mededelingsplicht en onderzoeksplicht een rol van betekenis. Op die civielrechtelijke verhoudingen wordt in par. 7.2.2 ingegaan. Zoals besproken in par. 3.4, speelt de mate van wetenschap ten aanzien van de aanwezigheid van bodemverontreiniging ten tijde van de verkrijging van (een recht op) een verontreinigd terrein, ook een belangrijke rol van betekenis in het kader van de mogelijkheden tot kostenverhaal van het sanerende bevoegd gezag op de vanwege de sanering ongerechtvaardigd verrijkte.<sup>7</sup> Daarbij verdient opmerking dat de ver-

6 De term 'due diligence' is over komen waaien uit de Amerikaanse overnamepraktijk. J.D. McGaffey, 'The due diligence process', in: William J. Carney, *Mergers and acquisitions, Cases and Materials*, New York: Foundation Press, 2000, p. 635-643, geeft de volgende omschrijving van een aan de bedrijfsovername voorafgaand onderzoek: "The Purchase Investigation: The nature of the purchase investigation will vary depending upon the individual circumstances of each transaction. The investigation may have a variety of purposes and involve many different personnel; it should certainly involve, however, a business history of the seller, its legal structure, current liabilities, and financial commitments. [...] Purpose of the Purchase Investigation: The principal purpose of the purchase investigation is to determine whether or not the acquisition should, in fact, be made. It is also important that those conducting the investigation have a clear idea of the purpose and goals of the investigation. [...] Organization: The purchase investigation should be carefully organized in regard to its method, the personnel employed, the information desired, and the scope of the investigation. [...] Liabilities and Commitments Investigated: The purchase investigation should also be a thorough examination of all aspects of the business operation under consideration. Financial history, assets and liabilities, collections, leases, retirement plans, and labor contracts are among those areas to be carefully scrutinized." Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, St Paul: Thomson/West, Eight Edition, 2004, omschrijft de term due diligence als volgt: "due diligence (...). The diligence reasonably expected from, and ordinarily exercised by, a person who seeks to satisfy a legal requirement or to discharge an obligation." Zie over het 'milieu due diligence onderzoek ook J.M. Grasso, K.A. Caffee en T.J. Carlstedt, 'Lessons Learned: An Eye Opening Look at Environmental Due Diligence in Stock Purchase Transactions', *Toxics Law Reporter* 2002, Vol. 17, No. 19, p. 463-469.

7 Zie par. 3.3 van de Beleidsregel.

haalsmogelijkheden van het sanerende bevoegd gezag via de ongerechtvaardigde verrijkingsactie in de toekomst van minder groot belang zullen zijn. Via de per 1 januari 2006 ingevoerde art. 55a, 55b, 37 en 29 Wbb kan er immers een wettelijke saneringsplicht komen te rusten op bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters.<sup>8</sup> Deze mogelijkheid van zogenaamde kwalitatieve verantwoordelijkstelling van bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters van verontreinigde grond, betekent dat het bevoegd gezag in de toekomst minder vaak zelf de bodem hoeft te saneren. Desalniettemin zal het voor blijven komen dat het bevoegd gezag soms zelf over gaat tot bodemsanering, en de kosten dienaangaande moet trachten te verhalen op de daardoor ongerechtvaardigd verrijkte.

*Wetenschap van bodemverontreiniging in het kader van verhaalsacties door het bevoegd gezag*

In hoofdstuk 3 is al ingegaan op de inhoud van de Beleidsregel (Beleidsregel kostenverhaal, art. 75 Wet bodembescherming, april 2007), waarbij tevens de rechtspositie van de vanwege een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte – zie de art. 75 lid 3 Wbb en 6:212 BW – is besproken en geanalyseerd. In de Beleidsregel geeft de overheid het door haar geformuleerde beleid weer met betrekking tot de mogelijkheden van het bevoegd gezag tot het instellen van een kostenverhaalsactie tegen een ongerechtvaardigd verrijkte. De inhoud van deze Beleidsregel vloeit mede voort uit de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het relativiteitsvereiste (zie art. 6:163 BW) in het kader van diverse kostenverhaalsacties van de overheid op veroorzakers van bodemverontreiniging gedurende de jaren '80 en begin jaren '90 van de twintigste eeuw.

De Beleidsregel verschaft burgers enige duidelijkheid. Indien het bevoegd gezag toch kostenverhaal zoekt in de gevallen die de Beleidsregel juist uitsluit, heeft de aangesproken ongerechtvaardigd verrijkte een grote kans om de verhaalsactie te dwarsbomen. Het kostenverhaal zoekende bevoegd gezag wijkt dan immers van het voor hem geldende beleid af. Burgers mogen er van uit gaan dat het bevoegd gezag zich aan de door de overheid gestelde beleidsregels houdt.<sup>9</sup> Dat wil niet zeggen dat in gevallen waarin het bevoegd gezag ingevolge de Beleidsregel de mogelijkheid tot kostenverhaal heeft, het dus zal slagen in dat kostenverhaal. De Beleidsregel geeft slechts het beleid van de overheid weer, en is geen objectief geldend recht. De rechter kan aan de hand van de omstandigheden van het geval tot

8 Zie over deze wettelijk kwalitatieve saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar en erfpachter voortvloeiende uit de art. 55a Wbb en 55b Wbb uitgebreid par. 3.3.

9 E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1998, p. 40: "Beleidsregels over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden leveren derhalve dezelfde soort binding op als beleidsregels over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Indien bijvoorbeeld een bestuursorgaan in een beleidsregel aangeeft in welke gevallen en onder welke voorwaarden het overeenkomsten zal aangaan, zullen burgers daarop mogen afgaan, zoals zij ook mogen afgaan op soortgelijke regels over het verstrekken van subsidies."

een andere conclusie komen, afwijkend van hetgeen in de Beleidsregel is bepaald. De inhoud van de Beleidsregel is dan ook geen geldend recht, maar geeft slechts richtlijnen voor het handelen van het kostenverhaal zoekende bevoegd gezag. De rechter zal kennis nemen van de Beleidsregel, maar toch tot een eigen oordeel – gebaseerd op de feiten van de specifieke casus – komen.<sup>10</sup>

Voor het slagen van een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking is op grond van de Beleidsregel de objectiveerbare wetenschap van de aanwezigheid van verontreiniging in de grond bij de verkrijger van het terrein van belang. Dit tenzij de verrijkte op een eerder moment een aanmerkelijk financieel belang had verkregen<sup>11</sup> in het nadien door het bevoegd gezag gesaneerde terrein.<sup>12</sup> De Beleidsregel stelt dat de objectiveerbare wetenschap van de mogelijkheid van aanwezigheid van bodemverontreiniging is vast te stellen door te kijken naar het moment van verkrijging van het verontreinigde terrein. Op grond van de Beleidsregel geldt met betrekking tot de professionele koper, dat wil zeggen een niet-bewoner en niet kleine zelfstandige,<sup>13</sup> dat deze wetenschap in toenemende mate wordt aangenomen gedurende de periode 1975 – 1990.<sup>14</sup> De Beleidsregel bepaalt dat ná 1990 wordt aangenomen dat iedere professionele koper in de zin van de Beleidsregel zogenaamd niet-onschuldig is, en dus op het moment van koop op de hoogte van de bodemverontreiniging had moeten zijn. Vanaf 1993 wordt op grond van de Beleidsregel iedere koper, dus ook de bewoner en de kleine zelfstandige, van een verontreinigd terrein aangemerkt als niet-onschuldig.<sup>15</sup>

---

10 Zie bijvoorbeeld het hof te Leeuwarden, 10 december 2003, *JM* 2004, 17, m.nt. Bos (Eimers/Staat), r.o. 13.3: “Naar het oordeel van het hof moet verder als uitgangspunt worden genomen dat een redelijk handelend koper *per peildatum* geen rekening hield dan wel behoefde te houden met een vordering op grond van ongerechtvaardigde verrijking als de onderhavige. (...) De taxateurs gaan immers uit van de veronderstelling dat de gemeente Groningen “een serieuze kandidaat-koper destijds (1988) niet zou hebben gewezen op het risico van een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking”. Overigens is het hof van oordeel dat het genoemde uitgangspunt hoe dan ook geldt. Het hof overweegt daartoe dat in de periode waarover het hier gaat, de Staat vrijwel nooit vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking heeft ingesteld tegenover “onschuldige eigenaren” als Eimers BV. Art. 75 lid 3 Wbb was toen nog niet ingevoerd. Weliswaar bood het toen geldende art. 21 lid 3 IBS wellicht ook de mogelijkheid om in een geval als het onderhavige een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in te stellen. In de praktijk werd echter geen gebruikgemaakt van deze mogelijkheid. Pas nadat de eerder genoemde Notitie op 9 juni 1994 het licht zag, is de Staat op ruime schaal gebruik gaan maken van de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking.” In de Beleidsregel wordt naar deze uitspraak van het hof te Leeuwarden verwezen, zie paragraaf 3.3 van de Beleidsregel.

11 Een aanmerkelijk financieel belang is ingevolge de Beleidsregel in beginsel een belang van meer dan 50% in de onderneming die is verrijkt, zie par. 3.3 en noot 19 van de Beleidsregel.

12 Zie par. 3.3 van de Beleidsregel.

13 Zie noot 18 van de Beleidsregel: ‘Professionele kopers’ zijn projectontwikkelaars, institutionele beleggers, gemeenten, bedrijven die grond verkrijgen van bedrijven uit dezelfde branche, plaatselijk goed bekend zijnde verkrijgers van verdachte terreinen, makelaars en woningbouwverenigingen. ‘Minder professionele kopers’ zijn kleine bedrijven die grond verkrijgen van bedrijven uit een andere branche en die niet regelmatig grond aankopen en particulieren die meer dan incidenteel grond aankopen. ‘Niet-professionele kopers’ zijn particuliere verkrijgers van woningen voor eigen bewoning en kleine bedrijven die grond verkrijgen ten behoeve van de uitvoering van het eigen bedrijf.

14 Zie voor een discussie over het verschil van de termen professioneel eigenaar in de Beleidsregel en bedrijfsmatig eigenaar in de art. 55a en 55b Wbb, par. 3.4.2.

15 Zie daarover par. 3.4.2.

Gevolg van de kwalificatie van niet-onschuldig koper is volgens de Beleidsregel dat het sanerende bevoegd gezag kan trachten een verhaalsactie tegen de desbetreffende verkrijger van het verontreinigde terrein in te stellen. Nogmaals, het blijft ook in die gevallen de vraag of de rechter, die moet oordelen over de onge-rechtvaardigde verrijkingsactie van het sanerende bevoegd gezag, de algemene uitgangspunten zoals geformuleerd in de Beleidsregel altijd volgt.

*Wetenschap van verontreiniging: art. 46 Wbb en art. 63k Wbb en het Besluit financiële bepalingen bodemsanering*

De (mogelijke) wetenschap van de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter ten aanzien van vervuiling van het perceel grond wordt door de overheid ook als één van de criteria gebruikt ter beantwoording van de vraag of het opleggen van een (water)bodemsaneringsbevel (art. 46 Wbb en art. 63k Wbb) mogelijk is. Daarnaast speelt deze wetenschap een rol bij het vaststellen van de (hoogte van de) subsidie op grond van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.<sup>16</sup> Op deze aspecten is al uitgebreid ingegaan in hoofdstuk 3. Met name in geval van de mogelijkheden tot toekenning van subsidie kan de subsidieverlenende overheid gemakkelijk haar eigen regels vaststellen. Het betreft dan immers geen kostenverhaalsactie, maar juist situaties waarin de overheid financieel bijdraagt in de saneringskosten.

*De wettelijke bodemsaneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar en erfpachter ex art. 55b Wbb*

Voorheen speelde bij het opleggen van een bodemsaneringsbevel de (mogelijke) wetenschap van verontreiniging bij de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter ten tijde van de koop van de grond een rol van betekenis (zie artikel 46 Wbb). Sinds de invoering van de art. 55a Wbb en 55b Wbb per 1 januari 2006 is het mogelijk om ten aanzien van bedrijfsmatige eigenaren of erfpachters van grond in de zin van art. 55a Wbb een beschikking ex art. 29 Wbb en art. 37 Wbb op te leggen, waaruit een wettelijke saneringsplicht voortvloeit. Deze wettelijke saneringsplicht ontstaat van rechtswege voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, ongeacht de (mate van) wetenschap van verontreiniging op het moment dat de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter het eigendoms- of erfpachtrecht met betrekking tot de grond verwierf.

Door middel van de invoering van deze nieuwe wetsartikelen is de verantwoordelijkheid voor bodemsanering in Nederland voornamelijk een risico voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters geworden. Deze mogelijkheid om de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter in hun kwaliteit of hoedanigheid van eigenaar of erf-

---

<sup>16</sup> En in geval van niet-bedrijfsmatige eigenaren, zie art. 46 Wbb. Op de positie van de niet-bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters wordt hierna niet verder ingegaan.

pachter te verplichten de bodem te saneren, zal het belang van de verhaalsacties van het sanerende bevoegd gezag tegen de ongerechtvaardigd verrijkte of de onrechtmatige veroorzaker van de bodemverontreiniging doen afnemen.

### 7.2.2 *Reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten van de koper en verkoper ten aanzien van bodemverontreiniging*

#### *Inleiding*

In de vorige paragraaf werd ingegaan op de mogelijkheden van kostenverhaal door het sanerende bevoegd gezag. Daarbij speelt via de Beleidsregel en de jurisprudentie van de Hoge Raad de mate van wetenschap van verontreiniging op het moment van verkrijging van (het recht op) het verontreinigde terrein een rol van betekenis bij de beantwoording van de vraag of het sanerende bevoegd gezag de gemaakte saneringskosten kan verhalen op de vanwege de bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte.

In deze paragraaf wordt juist ingegaan op de rechtsverhouding tussen contracterende partijen.<sup>17</sup> In het civiele recht zijn in dit kader een aantal aspecten van belang: wanprestatie, garantiebepalingen en dwaling. Ook de vraag of er sprake is van een mogelijke reflexwerking van de regels vastgelegd in de Beleidsregel tussen civiele contractspartijen komt in deze paragraaf aan de orde.

#### *(1) Wanprestatie*

De wanprestatie van de verkoper (of: toerekenbare tekortkoming, zie de art. 6:74 e.v. BW) kan bijvoorbeeld voortvloeien uit de omstandigheid dat het verkochte terrein ernstig is verontreinigd.<sup>18</sup> Het verkochte terrein voldoet dan niet aan hetgeen de koper daarvan redelijkerwijze mocht verwachten, vergelijk het bepaalde in art. 7:17 BW.<sup>19</sup> Bijvoorbeeld: de koper verwachtte een terrein te kopen waarop

<sup>17</sup> Zie wat betreft een uiteenzetting van de aansprakelijkheid voor milieuschade in verband met contractuele relaties ook E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Studiepockets privaatrecht nr. 47, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, p. 263-298, M.M. van Rossum, 'De problematiek rond ingegraven olietanks (I) en (II, slot), *WPNR* 98/6331, p. 649-654 en *WPNR* 98/6332, p. 665-671, M.M. van Rossum, 'Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond', *Bouwrecht* 1995/2, p. 107-117, K.F.M. Berger, 'Verhouding tussen verkoper en koper van registergoederen in het licht van bodemverontreiniging', *Bouwrecht* 1994/1, p. 35-41, J.J. Dammigh, 'Non-conformiteit en schadevergoeding. Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak', *Advocatenblad* 2000/6, p. 215-222.

<sup>18</sup> Afhankelijk van hetgeen contractspartijen contractueel zijn overeengekomen, kan soms ook niet ernstige bodemverontreiniging reden zijn om de koopovereenkomst te ontbinden. Zie Hof Leeuwarden 21 maart 2007, *JM* 2007, 98, m.nt. Bos.

<sup>19</sup> In geval van een niet-consumentenkoop kunnen partijen betrokken bij de koop van het bepaalde in art. 7:17 BW afwijken, zie art. 7:6 BW. Zie over art. 7:17 BW ook HR 23 november 2007, LJN: BB3733, zaaknr. C05/323HR, r.o. 5.2: "(...) Daarbij is van belang dat ook indien de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet in de weg zou staan aan het gebruik van het tankstation (zoals het hof heeft geoordeeld), toch sprake kan zijn van non conformiteit indien (...) op grond van mededelingen van (...) de aanwezigheid van bodemverontreiniging niet behoefde te verwachten." Zie tevens bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 2 oktober 2002, *NJ* 2003, 276: "12. In de toelichting op de grief beroepen Esselman c.s. er zich onder meer op dat zij mochten vertrouwen op de mededeling van Veltman in artikel 5.4. van de koopakte: *Aan verkoper is niet bekend, dat het* →



hij direct na de levering kon bouwen, maar dit blijkt onmogelijk te zijn vanwege de na de levering ontdekte ernstige bodemverontreiniging.<sup>20</sup> Indien de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis niet toerekenbaar aan de verkoper is, is er sprake van overmacht (art. 6:75 BW). De tekortkoming in de nakoming moet dan buiten de schuld van de verkoper zijn ontstaan én niet voor zijn risico komen.<sup>21</sup> Een beroep op wanprestatie kan overigens (mede) zijn gebaseerd op de omstandigheid dat bepaalde contractuele garantiebepalingen – expliciet of impliciet onderdeel van de overeenkomst – of vrijwaringsbepalingen niet worden nagekomen door de garanderende of vrijwarende partij.

## (2) Contractuele garantie- en vrijwaringsbepalingen

### Garanties

De term garantie is geen wettelijk vastgelegde term. Het begrip garantie heeft dan ook geen geheel sluitende, vastomlijnde, betekenis. Toch komt deze term vaak terug in (overname)contracten, waarbij de verkoper de koper garandeert dat bepaalde omstandigheden en bepaalde door de verkoper aan de koper verstrekte informatie juist zijn.<sup>22</sup> De garantiebepaling hoeft niet altijd expliciet te zijn opge-

---

*onoerend goed enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik door koper ...*

13. De door Oranjewoud BV geconstateerde verontreiniging van de gekochte percelen grond, waarvan tussen partijen thans vaststaat dat deze bestaat uit wegebouwafval, acht het hof – gelet op het bepaalde in het hiervoor genoemde artikel 5.4. van de koopovereenkomst dat verwijst naar artikel 5.3 – van zodanige aard dat de gekochte percelen mede gelet op hun ligging en oppervlak niet zonder meer zijn geschikt voor normaal gebruik als bij een woonhuis behorende grond, anders dan voor pad of weg waarvan in de onderhavige procedure niet is gebleken.” Zie over non conformiteit, bodemverontreiniging, en de kennisgeving daarvan aan de verkoper (art. 7:23 BW) bijvoorbeeld Rechtbank Groningen 14 februari 2007, LJN: BA7218, zaaknr. 81127/HA ZA 05-698.

20 Vergelijk trouwens wat betreft het in het verkeer brengen van verontreinigde grond door een gemeente en de onrechtmatigheid daarvan ten aanzien van latere verkrijgers of gebruikers: HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, m.nt. CJHB (Gemeente Groningen/Erven Zuidema) en HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 377 m.nt. C.J.H. Brunner (Plameco), r.o. 3.4: “Het hof is met juistheid ervan uitgegaan dat het verkopen en in eigendom overdragen en aldus in het verkeer brengen van verontreinigde grond niet zonder meer onrechtmatig is jegens latere verkrijgers, doch dat het wel onrechtmatig jegens hen kan zijn indien er sprake is van bijzondere, bijkomende omstandigheden. Anders dan het onderdeel bepleit, is er geen grond voor het oordeel dat zodanige onrechtmatigheid zich slechts kan voordoen indien het gaat om in het verkeer brengen van verontreinigde bouwgrond waarbij de koper een bouwplicht wordt opgelegd en, naar het onderdeel tot uitgangspunt neemt, in verband daarmee moet worden aangenomen dat een impliciete garantie is gegeven dat de grond hiervoor geschikt is.” Zie voor een casus waarin de gemeente vervuilde grond had verkocht aan een particuliere partij, en deze partij probeerde de gemeente vervolgens op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad aansprakelijk te stellen voor de kosten dienaangaande Hof Arnhem 18 juli 2006, LJN: AY5662, zaaknr. 2005/154, r.o. 4.6: “(...) Koper mocht er daarom bij het aangaan van de koop wel op vertrouwen dat de door de gemeente te leveren grond voor die destijds voorziene verbouwing geschikt was (zoals ook is gebleken). Maar in redelijkheid valt niet in te zien waarom [koper, RM] daaruit ook een garantie mocht afleiden dat de bodem van dit industrieterrein niet was verontreinigd. (...) In het algemeen was het eind van de zeventiger jaren, zeker voor ondernemers, genoegzaam duidelijk dat bodemverontreinigingen tot acties van de overheid konden leiden. [koper, RM] mocht er daarom niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat de aan te kopen grond niet was verontreinigd.”

21 Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht, Deel I, De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer, twaalfde druk, 2004, p. 231-320.

22 De garantiebepaling kan op allerlei omstandigheden betrekking hebben, zie bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 31 mei 2006, *JM* 2006, 137, m.nt. Bos, r.o. 4.1: “(...) Het verontreinigingsprobleem was, in elk geval groten-deels, bij de partijen bekend toen zij het koopcontract ondertekenden. Naar aanleiding daarvan zijn zij bij die gelegenheid een gedetailleerd regeling met een garantieverplichting overeengekomen, onder meer ter zake →

nomen in het (overname)contract, maar kan daar ook impliciet uit voort vloeien.<sup>23</sup> In de rechtspraak is nadere invulling gegeven aan de reikwijdte van contractuele garantiebepalingen.<sup>24</sup> Garanties omschrijven bepaalde omstandigheden die als juist worden verondersteld. Indien wordt gesproken over een garantie, is er dus altijd enige mate van onzekerheid in het spel. De dissertatie van G. Raaijmakers uit 2002 handelt grotendeels over het begrip contractuele garantie.<sup>25</sup> Raaijmakers concludeert dat er veelal, behoudens aanwijzingen die in een andere richting wijzen, vanuit moet worden gegaan dat een contractuele garantiebepaling de prestatieverplichting van de verkoper nader definieert. Met de garantiebepaling geven de contractspartijen aan wat er precies moet worden geleverd. Zij voorzien daarmee in een contractuele risicoverdeling.<sup>26</sup>

Een voor dit onderwerp belangrijke uitspraak van de Hoge Raad is het zogenaamde Hoog Catharijne arrest.<sup>27</sup> De Hoge Raad stelde in dit arrest vast dat de verkopers mochten verwachten dat de kopers zich, na bestudering van de tijdens het due diligence onderzoek overgelegde gegevens waarbij informatie over de te verkopen vennootschap werd weergegeven, volledig zouden laten informeren ten aanzien van hetgeen zij daarin aantreffen. Daarbij zouden de partijen zonnodig aan de verkopers aangeven of, en op welke punten, zij behoefte hadden aan extra

---

waarvan zij nu vervangende schadevergoeding eisen. Die vordering vindt haar grondslag in zoverre dus niet in een simpel beroep op non-conformiteit als bedoeld in art. 7:17 e.v. BW, maar in het niet bereiken van de streefwaarde als bedoeld in art. 11c lid 1 van de koopovereenkomst. Een soortgelijke redenering geldt voor het probleem van eventuele niet bij [eiser] bekende vervuiling die zich mogelijk later nog zou openbaren.”

- 23 Vergelijk de zogenaamde *Maassluis*-arresten van de Hoge Raad van 9 oktober 1992, *NJ* 1994, nrs. 286-289, m.nt. CJHB, HR 22 november 1996, *NJ* 1997, 527, m.nt. WMK (Bloemendaalse olietank) en HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658, m.nt. WMK (Gemeente Helmond, lekkende olietank).
- 24 G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, gaat uitgebreid in op allerlei facetten van het begrip ‘garantie’. Zie bijvoorbeeld ook HR 2 juni 2006, *JM* 2006, 138, m.nt. Bos, onder 6 van de conclusie van P.G. De Vries Lentsch-Kostense. Bos merkt nog in zijn noot onder deze uitspraak op: “De hier bedoelde garantiebepaling is wat vreemd geformuleerd. Voor deze zaak overigens niet, want duidelijk was dat de verkoper wél wist (of had moeten weten). Maar ingeval de verkoper niets zou hebben geweten zou hij niet veel meer hebben gegarandeerd dan dat hij inderdaad niets wist, maar bij voorbeeld niet dat het terrein geen verontreiniging bevatte die in de weg zou staan aan het overeengekomen gebruik of dat de verkochte zaak bij levering de eigenschappen bezat die nodig waren voor het door partijen overeengekomen gebruik. De vraag is wat de gemiddelde koper daaraan heeft.” Zie ook HR 20 juni 2008, *NJ* 2008, 355 (Pontmeyer/Archon).
- 25 G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002. Zie tevens G.T.M.J. Raaijmakers, ‘Bepalingen van de koopprijs en garanties in overnamecontracten’, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsvername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 49-70.
- 26 G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 210.
- 27 HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300. Zie wat betreft due diligence onderzoek in het algemeen en het arrest Hoog Catharijne in het bijzonder eveneens: *Dossier* nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, met name de bijdragen van H.H. Kersten, ‘Het due diligence onderzoek, vrijwillige en onvrijwillige beperkingen’, p. 27-33 en H.J. de Kluiver, ‘Overnamecontracten, letters of intent en garanties’, p. 34-43 en de update van deze artikelen in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions* (2), p. 28-35 en p. 36-45, W.W. de Nijs Bik, ‘(Due) Diligence’, *TVVS* 1996, nr. 96/8, p. 222-224, H.J. de Kluiver, ‘De ondernemingsrechtelijke contractspraktijk: onderhandelen in de schaduw der wet’, *Contracteren* 2001/1, p. 4-14, W.J. Slagter en W.W. de Nijs Bik, ‘Het due diligence-onderzoek’, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsvername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 25-48, G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 116-120 en M.M. Tuytel, ‘(Balans)garanties’, *Vennootschap & Onderneming*, nr. 11, november 2001, p. 174-179.

informatie. Voorts bepaalde de Hoge Raad dat aan het begrip ‘instaan voor’ niet steeds eenzelfde, door vast juridisch taalgebruik, betekenis toekomt in die zin dat diegene die instaat voor, daarmee in beginsel altijd aansprakelijkheid aanvaard voor (de schadelijke gevolgen van) het intreden of uitblijven van bepaalde gebeurtenissen, handelingen of feiten. Nagegaan moet worden welke inhoud de partijen betrokken bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan het begrip garantie en de contractuele bepaling waarin dat begrip is gebruikt mochten toekennen, en hetgeen zij dienaangaande redelijkerwijze over en weer van elkaar mochten verwachten.

Naar aanleiding van het Hoog Catharijne arrest mag overigens niet worden geconcludeerd dat een garantiebepaling slechts een betrekkelijke waarde heeft, dan wel dat de koper beter geen, of een beperkt, due diligence onderzoek kan uitvoeren omdat hij anders het verwijt tegengeworpen kan krijgen dat hij ten tijde van de koop en levering op de hoogte was (of had kunnen zijn) van bepaalde omstandigheden. Integendeel, de koper kan dan ook tegengeworpen krijgen dat hij in zijn onderzoeksplicht tekort is geschoten.

In principe heeft de verkoper ook altijd een mededelingsplicht ten aanzien van feiten en omstandigheden die hem bekend zijn – dan wel die bij hem bekend hadden moeten zijn<sup>28</sup> – en die van belang (kunnen) zijn voor het oordeel van de koper om een zaak of onderneming al dan niet te kopen.<sup>29</sup> Het uitvoeren van een due dili-

28 Vergelijk HR 2 juni 2006, *JM* 2006, 138, m.nt. Bos. Het hof te Arnhem had geoordeeld, welk oordeel door de Hoge Raad in stand werd gehouden: “Vaststaat dat, naar [eiser] wist, [verweerder] c.s. het verkochte zouden gaan gebruiken als woonhuis en bedrijfsruimte (rechtsoverweging 5.2.). [eiser] moest, als voormalig werknemer van het metaal- en constructiebedrijf en in verband met hetgeen ten tijde van de koop in het begin van de negentiger jaren bekend was omtrent de oorzaken van bodemverontreiniging – anders dan [verweerder] c.s. – op grond van de hem bekende voorgeschiedenis ernstig rekening houden dat de bodem met niet afgegraven grond door het vroegere gebruik ernstig verontreinigd zou zijn. Niettemin heeft [eiser] aan [verweerder] c.s. “gegarandeerd” dat aan hem geen feiten bekend waren die erop wezen dat het verkochte registergoed een verontreiniging bevatte die nadelig is voor het door de kopers beoogde gebruik.” Zie voor dit citaat de conclusie van P.G. De Vries Lentsch-Kostense. Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de aanwezigheid van ernstige bodemverontreiniging in het verkochte en de kennis van de koper en verkoper dienaangaande Rechtbank Zutphen 12 december 2007, LJN: BC0187, zaaknr. 82694/HA ZA 06-1522, r.o. 5.21. Zie ook Rechtbank Haarlem 5 december 2007, LJN: BC7783, zaaknr. 133752/HA ZA 07-393: “Op een verkoper rust niet de - algemene - verplichting om aan een (elke) potentiële koper mee te delen dat een andere gegadigde een onderzoek naar de deugdelijkheid van de aangeboden zaak verricht. Gebleken is niet dat, en zo ja om welke bijzondere reden, [gedaagden] daartoe wel verplicht waren. Overigens dateert het rapport van het nader bodemonderzoek van Terrascan van november 2002. Tijdens de onderhandelingen met [eisers] in september en oktober 2002 waren de resultaten van dat onderzoek [gedaagden] dus nog niet bekend. Nu niet is gebleken dat [gedaagden] voorafgaand aan of tijdens de totstandkoming van de koopovereenkomst met [eisers] anderszins op de hoogte zijn geraakt van de (daadwerkelijke) mate van de bodemverontreiniging, waren zij ook in zoverre niet gehouden om de gestelde mededelingen aan [eisers] te doen.”

29 Zie voorts de door Kersten vermelde lagere rechtspraak gewezen na het Hoog Catharijne arrest van de Hoge Raad, *Dossier* nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, H.H. Kersten, ‘Het due diligence onderzoek, vrijwillige en onvrijwillige beperkingen’, p. 27-33 en de update van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions*, p. 28-35; Heijmerink/Kaufman (Rechtbank Utrecht 23 april 1997, *JOR* 1997, 92), Van der Wiel/De Vries (Rechtbank Rotterdam 17 september 1998, *JOR* 1999, 4), Van der Vorst/Sisterman (Rechtbank Rotterdam 19 november 1998, *JOR* 1999, 31), Eecen/Stratex (Rechtbank Zutphen 24 december 1998, *JOR* 1999, 33) en L.E. Beheer/Stijnman (HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559, m.nt. JH). Zie ook de uitgebreide noot van Ch. R. Huisjes bij de uitspraak inzake Eecen/Stratex (*JOR* 1999/33).

gence onderzoek door de koper is anderzijds wel geboden om aan de op de koper rustende onderzoeksplicht te voldoen. Omstandigheden die van belang zijn om te bepalen of de koper een beroep kan doen op een contractuele garantiebepaling zijn, mede naar aanleiding van hetgeen de Hoge Raad in het Hoog Catharijne arrest heeft bepaald, de volgende:

- (a) de mate van deskundigheid van de verkoper en koper;
- (b) het stellen van specifieke vragen door de koper aan de verkoper;
- (c) de wetenschap ten aanzien van bepaalde omstandigheden bij de verkoper en/of de koper; en
- (d) als een meer algemene maatstaf, de mate waarin de koper aan zijn onderzoeksplicht voldoet welke gebruikelijk is bij overnames van die omvang.<sup>30</sup>

De onderzoeks- en mededingingsplicht van de koper respectievelijk de verkoper kunnen worden aangemerkt als een nadere uitwerking van de precontractuele goede trouw (de redelijkheid en billijkheid): de kopende partij dient die maatregelen te treffen welke noodzakelijk zijn om een goed beeld te verkrijgen van hetgeen hij koopt, en de verkopende partij dient correcte informatie aan de koper te verschaffen ten aanzien van het verkochte. Hij mag geen informatie achterhouden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze van belang is voor de afweging van de koper om al dan niet tot de koop over te gaan.

### *Vrijwaringen*

Belangrijk zijn ook de mogelijke contractuele vrijwaringen die de verkopende partij aan de koper verstrekt. De term vrijwaring kennen wij uit het burgerlijk procesrecht, zie artikel 210 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. *H.J. de Kluiver* stelt dat contractuele vrijwaringen in beginsel betrekking hebben op feiten en omstandigheden waaromtrent op het moment van het aangaan van het overnamecontract al bekend is dat deze tot vergoeding van schade aanleiding kunnen geven.<sup>31</sup> Op het moment dat het overnamecontract wordt ondertekend, is het bijvoorbeeld duidelijk dat het verkochte perceel grond ernstig is vervuild. Het is dan mogelijk om in het overnamecontract een bepaling op te nemen dat de verkoper de koper vrijwaart voor alle kosten welke in de toekomst gemaakt zullen moeten worden in verband met een eventuele sanering van het verkochte terrein. De eventuele kosten vanwege bodemsanering worden dan afgewenteld op de verkoper, hetgeen betekent dat in de koopprijs mogelijke saneringskosten niet worden verdisconteerd.<sup>32</sup>

30 Zie ook G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002, p. 58-78.

31 H.J. de Kluiver, *Overnamecontracten, letters of intent en garanties*, p. 38-39, in: *Dossier* nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions* en de update van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions* (2), p. 40-41.

32 Zie ook E.A. Poyck, 'Environmental Indemnities: Drafting Out the Defects', *Journal of Environmental Law & Practice* July/August 1996, Volume 4, number 1, p. 5-13. Op p. 6 merkt Poyck op: "An environmental indemnity can be considered to be effective when it clearly allocates among the parties to a transaction, in a manner consistent with the parties' intent, all risks associated with the full range of known, potential, and unknown but conceivable environmental liabilities inherent in the business deal."

### (3) Dwaling

In nauw verband met de omvang van de onderzoeks- en mededelingsplichten van de koper respectievelijk de verkoper staat de rechtsfiguur dwaling (art. 6:228 BW).<sup>33</sup> De koper zal zich immers, indien hij niet, dan wel onjuist, is voorgelicht door de verkoper ten aanzien van bepaalde eigenschappen van het gekochte, op het standpunt kunnen stellen dat hij de koop heeft gesloten onder een verkeerde voorstelling van zaken. De dwaling omtrent de eigenschappen van het gekochte – zoals de dwaling omtrent de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte – kan ook wederzijds (zowel bij de koper als de verkoper) aanwezig zijn (art. 6:228 lid 1, onder c, BW).<sup>34</sup>

Dwaling dient onderscheiden te worden van de hiervoor beschreven wanprestatie. In geval van wanprestatie komt één van de contractspartijen de op haar rustende contractuele verplichting (verbintenis) niet goed na. In geval van dwaling is juist de totstandkoming van de overeenkomst gebrekkig, waarbij het resultaat van die overeenkomst afwijkt van hetgeen een partij of partijen betrokken bij de overeenkomst ten tijde van het aangaan van die overeenkomst hadden verwacht. De dwaling zal zich vaak voordoen bij de koper. Bij dwaling spelen de (omvang van de) mededelingsplicht en de onderzoeksplicht een belangrijke rol van betekenis. De niet-wederzijdse dwaling – de verkeerde voorstelling van zaken – vloeit immers vaak voort uit onjuiste inlichtingen van, of uit het niet geven van inlichtingen door, de verkoper. Dat betekent overigens niet dat op de koper geen onderzoeksplicht rust ten aanzien van het gekochte. De problematiek van de reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten hangt daarom samen met de rechtsfiguur dwaling.

Dat de mededelingsplicht van de verkoper in het algemeen prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper, en dat het enkele feit dat de koper haar onderzoeksplicht verzaakt niet uitsluit dat de verkoper dienaangaande een mededelingsplicht heeft, blijkt ook uit de arresten van de Hoge Raad van 10 april 1998 en 16 juni 2000.<sup>35</sup> Het voorop stellen van de mededelingsplicht van de koper is in veel gevallen redelijk te noemen omdat de verkoper nu eenmaal meestal beter op de hoogte is van de hoedanigheid van het verkochte, en hij niet bepaalde aspecten

33 Zie voor een casus waarin het ging om de koop van verontreinigde grond en een garantiebepaling omtrent de wijze van bodemsanering met een bepaald resultaat, HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 659 (Luycks).

34 Zie bijvoorbeeld HR 18 januari 2002, *NJ* 2002, 106 (Ruinemans BV), r.o. 3.5: “Het Hof heeft (...) kennelijk geoordeeld, dat voldoende aannemelijk is dat de bodemverontreiniging dusdanig ernstig was en de sanering zo duur, dat als partijen bij het sluiten van de koopovereenkomst daarvan op de hoogte waren geweest, zij deze niet of op andere voorwaarden zouden hebben gesloten. Het Hof heeft bij dit oordeel geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting (...).”

35 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, m.nt. WMK en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559, m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman).

met betrekking tot het verkochte mag verzwijgen.<sup>36</sup> De omstandigheid dat de contractspartijen elkaar bijvoorbeeld goed kenden en de koper vertrouwen had in de verkoper en hetgeen de verkoper aan hem mededeelde, rechtvaardigt van de verkoper te verlangen dat hij zijn wederpartij volledig informeert. Dit kan met zich brengen dat de koper geen verder onderzoek hoeft te doen of nadere vragen hoeft te stellen naar de inhoud van bepaalde overeenkomsten waarbij de verkochte onderneming contractspartij is.<sup>37</sup> Ook inlichtingen verstrekt aan de koper in een eerder stadium, bijvoorbeeld vóórdat de contractspartijen in onderhandeling traden, kunnen meewegen bij de beslissing of een beroep op dwaling gerechtvaardigd is. De grens ligt daar, waar de wederpartij niet meer behoefde te beseffen dat de bewuste mededelingen nog op de besluitvorming van de ander (de koper) van invloed waren.<sup>38</sup> Naar aanleiding van het arrest van 10 april 1998 acht *W.M. Kleijn* het beter om te spreken van een onderzoeksverantwoordelijkheid in plaats van een onderzoekspllicht van de koper.<sup>39</sup>

De civielrechtelijke jurisprudentie ten aanzien van de reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten – ook wat betreft de aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte – van de contracterende partijen is talrijk.<sup>40</sup> In de conclusie van Advocaat-Generaal Timmerman bij het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2003<sup>41</sup> wordt de stand van zaken dienaangaande helder uiteengezet. Ten eerste ontslaat het feit dat de ene partij zijn onderzoekspllicht verzaakt, de ander in beginsel niet van een eventuele mededelingspllicht en omgekeerd.<sup>42</sup> Ten tweede gaat de onderzoekspllicht in het algemeen niet zo ver dat de koper niet zou mogen afgaan op de mededelingen van de wederpartij.<sup>43</sup> Ten derde weegt de mede-

36 De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4 van zijn arrest van 16 juni 2000 (L.E. Beheer/Stijnman): “Wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven om te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent de betreffende punten een onjuiste voorstelling zou maken, zal in het algemeen de goede trouw zich ertegen verzetten dat de eerstgenoemde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van dwaling aan zichzelf heeft te wijten. In die regel ligt besloten dat het enkele feit dat een partij haar onderzoekspllicht naar bepaalde relevante gegevens verzaakt, niet uitsluit dat de andere partij terzake van diezelfde gegevens een mededelingspllicht heeft (HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666).”

37 Zie r.o. 3.4 van het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 2000 (L.E. Beheer/Stijnman).

38 Zie r.o. 3.3 van het arrest van de Hoge Raad van 16 juni 2000 (L.E. Beheer/Stijnman) en de noot van Jac. Hijma in het *NJ* daarbij.

39 In zijn noot onder het arrest van 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, stelt W.M. Kleijn: “De koper is niet verplicht tegenover de verkoper een onderzoek te doen naar gebreken in het gekochte. Wel is de koper zelf verantwoordelijk als hij, onder omstandigheden, zijnerzijds onvoldoende onderzoek pleegt. Het is daarom beter te spreken van des kopers onderzoeksverantwoordelijkheid”.

40 Zie bijvoorbeeld de artikelen van P. Klik, ‘Koop van (verontreinigd) onroerend goed’, *M&R* 2002/3, p. 73-83, J.J. Dammingh, ‘Non-conformiteit en schadevergoeding. Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak’, *Advocatenblad* 2000/6, p. 215-222 en M.M. van Rossum, ‘De problematiek rond ingegraven olietanks (1) en (II, slot)’, *WPNR* 98/6331, p. 649-654 en *WPNR* 98/6332, p. 665-671. Zie bijvoorbeeld de volgende jurisprudentie: HR 23 november 2007, zaaknr. C05/323HR, Rechtbank Middelburg 28 februari 2007, *JM* 2007, 97, m.nt. Bos, Hof Arnhem 2 november 2004, *NJ* 2006, 387, HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, m.nt. WMK (Offringa/Vinck c.s.) en HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 657, m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink).

41 HR 10 oktober 2003, LNJ: A10306 (Dutch Paint), onder de punten 3.8 tot en met 3.10

42 Zie ook HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, m.nt. WMK (Offringa/Vinck c.s.) (r.o. 3.5) en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559, m.nt. JH (r.o. 3.4).

43 HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183, m.nt. G.J.S. (Booy/Wisman).

delingsplicht van de verkoper in het algemeen zwaarder dan de onderzoeksplicht van de koper.<sup>44</sup> Dit met name omdat ook aan een onvoorzichtige koper bescherming moet worden geboden tegen de nadelige gevolgen van dwaling veroorzaakt door het verzwijgen van relevante gegevens door de verkoper.<sup>45</sup>

*(4) Reflexwerking van de Beleidsregel ten aanzien van privaatrechtelijke verhoudingen tussen contractspartijen?*

De vraag is of de hiervoor besproken Beleidsregel – waarin de overheid het beleid ten aanzien van kostenverhaal na door het bevoegd gezag uitgevoerde saneringswerkzaamheden weergeeft – ook betekenis heeft voor de rechtsverhoudingen tussen civielrechtelijke partijen onderling. Met andere woorden, heeft deze Beleidsregel en de daarin genoemde jaartallen waaraan de mate van bekendheid ten aanzien van het probleem bodemverontreiniging in Nederland is gekoppeld ook een reflexwerking naar contractspartijen onderling? Dat is niet waarschijnlijk te noemen. De Beleidsregel geeft immers slechts het beleid van het naar aanleiding van een uitgevoerde bodemsanering verhaal zoekende bevoegd gezag weer, welk beleid overigens wel mede is gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad (vergelijk de zogenaamde ‘1 januari 1975 regel’ in verband met het relativiteitsvereiste). Dit beleid is niet gelijk te stellen met situaties waarin alleen private contractspartijen zijn betrokken. De civiele rechter zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval zelf tot een beslissing komen ten aanzien van de vraag vanaf welk moment er bij de koper kennis van de aanwezigheid van bodemverontreiniging kan worden aangenomen.

44 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 2 november 2004, *NJ* 2006, 387: “5.7 Als voormalig ondernemer van dat metaal- en constructiebedrijf en in verband met hetgeen – ten tijde van de koop – in het begin van de negentiger jaren bekend was omtrent het ontstaan van en de oorzaken van bodemverontreiniging moest Van Schaik er, anders dan Van Capelleveen c.s., op grond van de aan hem bekende voorgeschiedenis ernstig rekening mee houden dat de bodem met niet afgegraven grond aan de zijkant door het vroegere gebruik ernstig verontreinigd zou zijn. Niettemin heeft Van Schaik, naar de onbestreden vaststelling in het tussenvonnis onder 1.a, in de koopakte aan Van Capelleveen c.s. “gegarandeerd” dat aan hem geen feiten bekend waren die er op wezen dat het verkochte registergoed een verontreiniging bevatte, die nadelig is voor het door de kopers beoogde gebruik. Hetgeen aan Van Schaik bekend was omtrent het vroegere gebruik van de bodem (depot van ijzerafval tegen de gevel: brandstukken, knipstukken, klein materiaal; gebruik van boorolie bij het boren; depot van draaikrullen en slijpstof op die plek; soms werken met bronzen lagertjes; ook buiten lassen, met name schuin voor de oprit bij de hijsmast) wees, naar Van Schaik redelijkerwijs moest beseffen, juist wel op het door hem ernstig in te schatten risico dat het verkochte registergoed aan de zijkant een voor het beoogde gebruik nadelige verontreiniging bevatte. Bij de verkoop rustte daarom op Van Schaik de plicht om aan Van Capelleveen c.s. mee te delen waarin het vroegere, aan hem ten minste tot 1976 bekende gebruik van de bodem had bestaan, opdat Van Capelleveen c.s. zich daarmee een goed beeld konden vormen van de voorgeschiedenis en de toestand van de bodem van het door hen aan te kopen perceel. Door het ontbreken van de feitelijke vermelding van deze voorgeschiedenis was Van Schaik’s in de koopakte opgenomen verklaring dan ook in strijd met de waarheid. (...) 5.10. In haar tussenvonnis heeft de rechtbank Van Schaik toegelaten te bewijzen dat het ten tijde van de koop goed was te zien dat er ijzerresten op de oprit (...) lagen. Volgens het tussenvonnis onder 8 had in dat geval wél van Van Capelleveen c.s. mogen worden verlangd dat zij vóór de koopovereenkomst de zaak daar op de aanwezigheid van bodemverontreiniging hadden laten onderzoeken (...). Van Schaik heeft met zijn onjuiste mededeling Van Capelleveen c.s. evenwel op het verkeerde been gezet. Door die mededeling van een voormalige exploitant van het metaal- en constructiebedrijf behoeften Van Capelleveen c.s. er in redelijkheid niet aan te twijfelen dat de bodem - als gevolg van ernstige verontreiniging door de vroegere bedrijfsactiviteiten van het metaal- en constructiebedrijf - niet geschikt zou zijn voor het beoogde gebruik (woonfunctie).”

45 Zie HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (r.o. 3.4), HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666, m.nt. WMK (Offringa/Vinck c.s.) (r.o. 3.5) en HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559, m.nt. JH (r.o. 3.4).

(5) *Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie ter illustratie*

Hierna volgen enkele uitspraken van de Hoge Raad ter illustratie van de hiervoor besproken problematiek in de praktijk.

*PontMeyer/Archon (garantie bepaling)*<sup>46</sup>

Archon heeft een bedrijfsterrein gekocht en geleverd gekregen van PontMeyer. Het bedrijfsterrein blijkt ernstig vervuild te zijn met asbest, waardoor de voorbereidende bouwactiviteiten moeten worden gestaakt in verband met de noodzakelijke sanering van de bodem. In de koopovereenkomst is het volgende bepaald:

“5.3. De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. (...) Voor andere eigenschappen dan die voor normaal gebruik nodig zijn, noch voor gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van tekenen van deze overeenkomst staat verkoper niet in. Verkoper heeft de onroerende zaak gebruikt als: terrein t.b.v. een bouw materialenhandel. Koper wil het terrein gebruiken t.b.v. projectontwikkeling en is bekend met de huidige bestemming. (...)

5.4.1. Koper is bekend met het in opdracht van verkoper uitgevoerde bodemonderzoek.

5.4.2. Koper is bekend met het feit dat een deel van de dakbedekking asbesthoudend is. (...)

13.1. Deze overeenkomst is aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat de verkoper voor 31 december 1997 aan de koper een NVN 5740 indicatief bodemonderzoek kan overleggen, op basis waarvan de gemeente Meppel bereid zou zijn een bouwvergunning af te geven ten behoeve van woningbouw.”

In de akte van levering is vervolgens bepaald:

*“Gebruik*

Voormeld registergoed, hierna te noemen het verkochte, zal door koper worden gebruikt ten behoeve van de projectontwikkeling. Koper is bekend met de huidige bestemming. Tot op heden is het verkochte door verkoper gebruikt als een terrein ten behoeve van bouwmaterialen. (...)

*Artikel 6*

Aan verkoper is niet bekend, dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die wellicht ten nadele strekt van het voormeld omschreven gebruik door koper of die heeft geleid of zou kunnen leiden tot een verplichting tot schoning van de zaak, dan wel het nemen van andere maatregelen. Partijen zijn bekend met het rapport inzake het verkennend bodemonderzoek (...). Koper accepteert de verontreiniging welke blijkt uit voormeld bodemrapport. (...) Verkoper verklaart dat in het verkochte asbest is verwerkt in een deel van de dakbedekking.”

Het ingenieursbureau dat het verkennende bodemonderzoek had verricht concludeerde in zijn rapport onder ander als volgt: “Vanuit milieuhygiënisch oogpunt behoeven er derhalve geen beperkingen aan de gebruiks- c.q. bestemmingsmoge-

---

46 HR 20 juni 2008, *NJ* 2008, 355.



lijkheden van het terrein te worden gesteld.” Na de koop bleek een aantal jaren later tijdens een controlebezoek van een ambtenaar van de provincie dat er toch asbest aanwezig was op het bouwterrein. De voorbereidende bouwactiviteiten zijn stilgelegd, en een nader onderzoek heeft plaatsgevonden. De asbestdeeltjes bleken verspreid te zijn over het terrein en de bodem ernstig te hebben verontreinigd. De grond is uiteindelijk gesaneerd. Partijen waren het oneens over de uitleg van de contractuele garantiebepaling. Het gerechtshof te Amsterdam oordeelde – welk oordeel in stand werd gelaten door de Hoge Raad – dat Archon in de gegeven omstandigheden erop mocht vertrouwen dat de contractuele garantie van PontMeyer inhield dat het te kopen bedrijfsterrein bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezat die nodig waren voor het door Archon beoogde gebruik, namelijk woningbouw. Die gegeven omstandigheden waren:

- De expliciete vermelding in art. 5.3 van de koopovereenkomst dat Archon de grond wilde gebruiken ten behoeve van projectontwikkeling.
- Het feit dat Archon de koopovereenkomst was aangegaan onder de ontbindende voorwaarde dat PontMeyer een indicatief bodemonderzoek zou kunnen overleggen op basis waarvan de gemeente bereid zou zijn een bouwvergunning voor het bouwen van woningen af te geven.
- Het feit dat ook in de leveringsakte werd vermeld dat Archon het terrein ging gebruiken ten behoeve van projectontwikkeling.
- Dat de door Archon aan PontMeyer betaalde koopprijs een reële prijs was voor woningbouwgrond.
- Dat PontMeyer niet aan Archon te kennen heeft gegeven dat het door Archon beoogde gebruik volgens PontMeyer niet viel onder het in de koopovereenkomst gebruikte begrip ‘normaal gebruik’, en PontMeyer ermee bekend was, of behoorde te zijn, dat Archon op het door haar van PontMeyer gekochte perceel woningbouw wilde plegen.
- De onbekendheidsverklaring van PontMeyer van art. 6 van de akte van levering staat aan eventuele aansprakelijkheid van PontMeyer voor schade veroorzaakt door later aangetroffen verontreiniging van de grond in het geheel niet in de weg.<sup>47</sup>

Conclusie naar aanleiding van dit arrest: gezien het tussen partijen besprokene (koper Archon zou op het terrein woningen gaan bouwen), de contractuele bepaling dat het gekochte de feitelijke eigenschappen bezit die voor het normaal gebruik nodig zijn, het uitgevoerde indicatieve bodemonderzoek met daaraan verbonden een contractuele ontbindende voorwaarde,<sup>48</sup> en de hoogte van de betaalde koopprijs, was hier sprake van een ‘harde’ garantie van verkoper PontMeyer. De

<sup>47</sup> Rechtsoverweging 3.5.2 van HR 20 juni 2008, *NJ* 2008, 355.

<sup>48</sup> Zie voor een uitspraak die mede betrekking had op een contractuele ontbindende voorwaarde, HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder). Zie voor een uitspraak waarin de verkopers een tevergeefs beroep op een contractuele ontbindende in de koopovereenkomst HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 304, m.nt. WMK (Van der Helm/Bazuin). De Hoge Raad liet het oordeel van het hof te Den Haag in stand (r.o. 3.4.3). Het hof te Den Haag had in r.o. 6 als volgt geoordeeld: “Ook de andere, door de gebroeders Van der Helm aangevoerde →

grond moest, voordat de woningbouw een aanvang kon nemen, worden afgegraven vanwege ernstige bodemverontreiniging. PontMeyer had juist aan de koper gegarandeerd dat de grond geschikt was voor de activiteiten die de koper wilde verrichten op de grond, te weten het bouwen van woningen. Archon kon dus een beroep doen op de garantiebepaling, en kon de schade geleden vanwege de verontreiniging van de grond met asbest verhalen op verkoper PontMeyer.<sup>49</sup>

*Van den Akker/Gemeente Helmond (reikwijdte onderzoeks- en mededelingsplichten; dwaling)*<sup>50</sup>

De gemeente Helmond had in 1984 een vervuild perceel gekocht waarop in het verleden milieuvervuilende activiteiten waren verricht. De gemeente Helmond was op de hoogte van deze activiteiten. Nadat de gemeente vier ondergrondse tanks van het perceel had verwijderd en één tank had leeggezogen en gevuld met zand, verkocht zij in 1985 het perceel en het daarop gelegen woonhuis aan Van den Akker. Na aankoop ontdekte Van den Akker bodemverontreiniging. Van den Akker vorderde daarop primair onderzoek naar, en sanering van, het verkochte perceel door de gemeente, en subsidiair veroordeling van de gemeente van de in verband met de verontreiniging te maken onderzoeks- en saneringskosten. De Hoge Raad oordeelde uiteindelijk dat de gemeente Helmond ten tijde van de ver-

---

argumenten voor dit beroep zijn niet overtuigend. Het principiële argument dat de gebroeders Van der Helm geen vervuilde grond in het verkeer willen brengen gaat niet op, wegens de geringe mate van vervuiling die, gelet op het door de kopers gewenste gebruik van de grond, dat gebruik niet aantast of belemmert. Het andere argument houdt in dat de verkopers niet het risico willen lopen in de toekomst met saneringsclaims van overheden, kopers of rechtsopvolgers dan wel derden te worden opgezadeld, welke claims niet of nauwelijks zijn te overzien. Volgens de gebroeders Van der Helm zouden die claims erop zijn gebaseerd dat de gebroeders Van der Helm de verontreinigde grond in het verkeer hebben gebracht. Het hof oordeelt dat de vrees voor dergelijke claims irreëel is, omdat onder huidige recht het leveren van licht verontreinigde grond als de onderhavige, die bestemd is en ook geschikt wordt geacht voor agrarisch gebruik en die door de koper voor ditzelfde agrarische gebruik zal worden aangewend, niet onrechtmatig is, terwijl in redelijkheid ook niet valt te verwachten dat daaruit onder toekomstig recht (met terugwerkende kracht) alsnog aansprakelijkheid voor de gebroeders Van der Helm zou voortvloeien.” In deze zaak was wel van belang dat de desbetreffende contractuele ontbindende voorwaarde bepaalde dat ontbinding mogelijk was indien de geconstateerde verontreiniging van de grond of het grondwater voor één der contractspartijen redelijkerwijs niet aanvaardbaar was te achten. Zie daarover ook de noot bij dit arrest.

49 Een ander interessant arrest van de Hoge Raad in dit verband is HR 4 februari 2000, *NJ* 2000, 562, m.nt. JBMV (Mol/Meijer). De casus was als volgt. De koper had alle aandelen gekocht van een aardappelverwerkende vennootschap. De verkopers deelden niet aan de koper mee dat de vennootschap enige tijd een illegale bron heeft geëxploiteerd en illegaal afvalwater heeft geloosd. In het koopcontract hebben de verkopers een aantal garanties gegeven, waaronder garanties voor de juistheid van de jaarcijfers. Naar aanleiding van een hoge voorlopige aanslag van het waterschap Noord- en Zuid-Beveland gaat de koper op onderzoek uit, waarbij de illegale bron wordt ontdekt. De koper vordert vervolgens ontbinding respectievelijk vernietiging van de koopovereenkomst en daarnaast schadevergoeding van de verkopers. Het gerechtshof te Den Haag ontbindt de koopovereenkomst en veroordeelt de verkopers tot medewerking aan de teruglevering van de aandelen. Voorts moeten de verkopers de inmiddels door de koper in de vennootschap gestorte bedragen aan de koper terugbetalen. De Hoge Raad laat de uitspraak van het gerechtshof in stand en oordeelt in r.o. 3.4 als volgt: “(...) Anders dan onderdeel 2 verdedigt, is er ook geen grond om in het geval van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst strekkende tot overdracht van (de aandelen in) een onderneming, de bevoegdheid tot ontbinding verder te beperken dan in art. 6:265 lid 1 is voorzien. Wel kan de aard van een dergelijke overeenkomst van invloed zijn op de vraag of de tekortkoming voldoende ernstig is om ontbinding te rechtvaardigen.”

50 HR 21 juni 2002, *NJ* 2004, 128, m.nt. WMK.

koop weliswaar over een nauwkeuriger inzicht in de aard van het bedrijf beschikte dan Van den Akker, maar dat de gemeente niet beschikte over zodanige, bij Van den Akker niet aanwezige, kennis dat zij Van den Akker op het risico van bodemverontreiniging had moeten wijzen. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

“Het Hof heeft voorts geoordeeld dat, nu moet worden aangenomen dat Van den Akker vóór het aangaan van de koopovereenkomst op de hoogte was van de ondergrondse tanks, er bij het ontbreken van concrete gegevens dat deze tot bodemverontreiniging hadden geleid, geen mededelingsplicht op de Gemeente rustte, aangezien er van enige kennisvoorsprong geen sprake was. De algemene, nog niet geconcretiseerde verdenking van bodemverontreiniging in het geval er oudere olietanks in de grond zitten of hebben gezeten, kon bij Van den Akker in gelijke mate opkomen als bij de Gemeente. Laatstebedoelde oordeel wordt (...) tevergeefs bestreden.”<sup>51</sup>

Omdat enige kennis van het gebrek aan het gekochte (de bodemverontreiniging) zowel bij de koper als de verkoper aanwezig was, rustte er volgens het Hof en de Hoge Raad géén mededelingsplicht op de verkopende gemeente Helmond. De mededelingsplicht van de verkoper ontstaat in een dergelijk geval pas indien de koper voorafgaande aan de koop vragen aan de verkoper stelt. De koper kan zich niet beroepen op dwaling omtrent de bodemverontreiniging indien hij een mate van kennis vergelijkbaar met die van de verkoper had, en hij vragen dienaangaande aan de verkoper had moeten stellen.

Als de verkoper de koper vervolgens geen uitsluitsel kan geven, zal óf een nader bodemonderzoek moeten worden verricht om duidelijkheid over de verontreiniging te krijgen, óf zal de koper een duidelijk omschreven garantie of vrijwaring van de verkoper moeten vragen dan wel zal hij een lagere koopprijs moeten bedingen. Juridisch gevolg van het opnemen van bijvoorbeeld een contractuele garantiebepaling dienaangaande, is dat indien de verkoper vervolgens deze garantiebepaling niet nakomt, hij dus tekort schiet in zijn nakoming, en gehouden kan worden tot schadevergoeding of grondsanering. Een andere mogelijkheid in dat geval is dat onder omstandigheden de overeenkomst kan worden ontbonden door de koper. Aldus kort samengevat de juridische gevolgen van deze uitspraak.

*De Preter/Van Uitert Onroerend Goed BV (onbekendheidsverklaring van de verkoper)*<sup>52</sup>

Een veel voorkomende bepaling in een koopovereenkomst is de door de verkoper afgegeven bekendheidsverklaring ten aanzien van eventuele gebreken, zoals de aanwezigheid van bodemverontreiniging, aan het verkochte. Met een dergelijke verklaring zegt de verkoper als het ware: koper, ik ben niet op de hoogte van de omstandigheid dat het terrein is vervuild, dus ben ik niet achteraf verantwoorde-

<sup>51</sup> R.o. 3.5.3 van HR 21 juni 2002, *NJ* 2004, 128, m.nt. WMK.

<sup>52</sup> HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275.

lijk te houden indien er toch sprake is van bodemverontreiniging.<sup>53</sup> Een dergelijke onbekendheidsverklaring met betrekking tot eventuele bodemverontreiniging speelde een rol in het arrest van de Hoge Raad inzake De Preter/Van Uiter Onroerend Goed BV.

De Preter had aan Van Uiter Onroerend Goed BV een complex verhuurde boven- en benedenwoningen met erf, tuin en ondergrond verkocht. In de koopovereenkomst was onder meer bepaald dat “de onroerende zaak zou worden overgedragen in de staat waarin deze zich bij het totstandkomen van de overeenkomst bevond, met alle zichtbare en onzichtbare gebreken.” En: “dat aan de verkoper niet bekend is dat de ondergrond van het complex enige verontreiniging bevat, die ten nadele strekt van het in de akte omschreven gebruik, of die heeft geleid of zou kunnen leiden tot een verplichting tot sanering, dan wel het nemen van andere maatregelen.”<sup>54</sup> Na de koop, maar voor de economische eigendomsoverdracht, bleek uit een verkennend bodemonderzoek dat een gedeelte van het gekochte terrein licht was verontreinigd. Van Uiter Onroerend Goed BV weigerde vervolgens medewerking te verlenen aan de economische eigendomsoverdracht. Van belang is hier dat het Hof te 's-Hertogenbosch had bepaald (hetgeen niet meer ter discussie stond in cassatie) dat De Preter en Van Uiter Onroerend Goed BV de twee bepalingen in de koopovereenkomst zoals hiervoor geciteerd, in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten opvatten – mede gezien hun professionaliteit en de bij hen aanwezige of te verwachten kennis – in de zin dat: (a) De Preter niet had toegezegd dat het verkochte niet verontreinigd was, maar ook dat (b) Van Uiter Onroerend Goed BV er niet zonder meer van uit mocht gaan dat de grond niet verontreinigd was.<sup>55</sup> Hier was immers sprake van twee professioneel handelende partijen, waarbij aan de onderzoeksplicht van de koper meer gewicht werd toegekend dan aan het feit dat het gekochte niet geheel voldeed aan de verwachtingen van de koper. De verkoper had immers met algemene bewoordingen te kennen gegeven dat hij niet instond voor eventuele bodemverontreiniging. De koper mocht er daarom niet van uit gaan dat er geen verontreiniging in de bodem aanwezig was. De koper had bijvoorbeeld een ontbindende voorwaarde in het koopcontract kunnen laten opnemen, bepalende dat indien er na het uitgevoerde bodemonderzoek een bepaalde mate van bodemverontreiniging aanwezig zou blijken te zijn, hij het koopcontract zonder nadere verplichtingen kan ontbinden. Waarschijnlijk kwam in dit geval bij de koper pas later, na het sluiten van het koopcontract, de gedachte op dat de grond wel eens verontreinigd zou kunnen zijn.

53 Dit is waarschijnlijk anders in het geval er een bouwverplichting is opgelegd door bijvoorbeeld de verkopende gemeente. In dat geval zal de onbekendheidsverklaring waarschijnlijk ter zijde worden gesteld door de stilzwijgende garantie van de gemeente/verkoper dat de grond schoon en dus bebouwbaar is, zie HR 14 juni 2002, *NJ* 2004, 127 (Gemeente Boarnsterhim/Heideveld c.s.). Zie ook de zogenaamde Maassluis-arresten van de Hoge Raad van 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286, *NJ* 1994, 287, *NJ* 1994, 288 en *NJ* 1994, 289, m.nt. CJHB. Vergelijk tevens HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575, m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk). Een onbekendheidsverklaring ten aanzien van gebreken aan het verkochte kan terzijde worden gesteld door een garantiebepaling in diezelfde overeenkomst. Zie voorts HR 21 april 2006, *JM* 2006, 68, m.nt. Bos.

54 Zie rechtsoverweging 3.1 van HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uiter Onroerend Goed).

55 Overweging 4.3 van het tussenarrest van het Hof te 's-Hertogenbosch, HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275.

*Derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in geval van een beroep op een onbekendheidsverklaring (contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid)*

Een verkoper kan niet altijd een beroep doen op een onbekendheidsverklaring opgenomen in de koopovereenkomst, dan wel op een contractuele uitsluiting (exoneratie) van aansprakelijkheid. De redelijkheid en billijkheid, zie de art. 3:12 BW, 6:2 BW en 6:248 BW, kunnen met zich meebrengen dat het onredelijk of onbillijk is dat een verkoper zich beroept op een dergelijke contractuele bepaling.<sup>56</sup> Contractspartijen moeten zich overigens ook in dit geval realiseren dat het bevoegd gezag niets van doen heeft met dergelijke contractuele bepalingen. Het bevoegd gezag kan via art. 55b Wbb een wettelijke saneringsplicht laten gelden ten opzichte van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, dan wel kan aan de veroorzaker een saneringsbevel opleggen (art. 43 Wbb).

Aan welke omstandigheden valt concreet te denken? Met name aan gevallen waarin er sprake is van (welbewuste) misleiding van de koper door de verkoper wat betreft de aanwezigheid van ernstige bodemverontreiniging in het verkochte.<sup>57</sup> Daarvan zal sprake zijn, indien de verkoper op de hoogte was van de ernstige bodemverontreiniging, en hij zich moest realiseren dat de mate van aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte voor de koper van wezenlijk belang was, en de koper niet met de verontreiniging bekend kon zijn. Indien een verkoper in die situaties de aanwezigheid van verontreiniging in het verkochte verzwijgt, is er sprake van welbewuste misleiding welke onrechtmatig is jegens de koper.

De verkoper dient derhalve rekening te houden met de belangen van de wederpartij, ook wat betreft de aard en inhoud van eventuele exoneratieclausules.<sup>58</sup> Daarbij spelen onder meer de mate van deskundigheid, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhoudingen tussen de contractspartijen, de onderlinge risicoverdeling en de wijze waarop het beding tot stand is gekomen een rol van betekenis.<sup>59</sup> In de situaties waarover wij het hier hebben – exoneratieclausules en onbekendheidsverklaringen tussen professionele partijen in geval van bedrijfsovernames – zal er een bepaalde mate van onderzoeksplicht rusten op de koper.

<sup>56</sup> Zie daarover ook E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, p. 292-294. Op p. 292 merken zij op: “Een volledige vrijtekening van aansprakelijkheid heeft haar beperkingen. Zo zal men acht moeten slaan op de *geldigheid* (van de inroeping) van het desbetreffende contractuele beding. Zo wordt bijvoorbeeld wel aangenomen dat een algehele uitsluiting van een beroep op dwaling in strijd is met de goede zeden (art. 3:40, eerste lid, BW) en om die reden niet geldig.”

<sup>57</sup> HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 657, m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink).

<sup>58</sup> Zie voor een voorbeeld van een exoneratieclausule waarop succesvol een beroep kon worden gedaan, rechtbank Zwolle 19 april 2006, LJN: AX2223, zaaknr. 105233/HA ZA 05-114. De exoneratieclausule luidde in casu (zie r.o. 3.2): “Koper kan verkoper niet wegens toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad aanspreken tot sanering of het anderszins nemen van maatregelen ten aanzien van eventuele bodemverontreiniging in het verkochte dan wel tot vergoeding van enige schade ten gevolge van eventuele bodemverontreiniging.”

<sup>59</sup> Zie voor een uitgebreide bespreking van dit onderwerp J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, Deventer: Kluwer, 1997, derde druk, p. 359-398.

Dat betekent dat dergelijke clausules of verklaringen in een overnamecontract niet snel terzijde kunnen worden geschoven. Er kan worden geconcludeerd dat in het algemeen in dergelijke gevallen alleen een welbewuste misleiding van de koper door de verkoper onrechtmatig zal zijn. Wederom blijven echter alle omstandigheden van het geval van belang, zodat er geen algemeen geldende regel is te geven voor dit soort situaties.

#### *Dutch Paint (dwaling en onderzoeksplicht)*<sup>60</sup>

In het eerder genoemde Dutch Paint arrest van 10 oktober 2003 ging de Hoge Raad in op het due diligence onderzoek voorafgaande aan de koop, dwaling, contractuele garanties en de mededelings- en onderzoeksplichten rustende op de verkoper respectievelijk de koper van aandelen. Twee professionele partijen onderhandelden over de koop en verkoop van aandelen. Na het door de koper uitgevoerde due diligence onderzoek, bleek dat de informatie verstrekt door de verkoper voor het sluiten van de voorovereenkomst aan de koper in belangrijke mate niet juist was. Hoewel de koper eerst wilde afzien van de koop is zij later, na verdere onderhandelingen, alsnog overgegaan tot koop van de aandelen, waarbij de oorspronkelijke koopprijs meer dan gehalveerd werd. De in de voorovereenkomst bedongen garanties heeft de koper laten vallen bij de onderhandelingen over de definitieve koopovereenkomst. De koper beriep zich vervolgens op dwaling omdat de waarde van de gekochte onderneming tegen viel. Volgens de Hoge Raad komt de koper in dit geval geen beroep op dwaling toe. De koper heeft bewust het risico genomen dat de informatie over de onderneming onvolledig was en heeft geen onbeperkt due diligenceonderzoek of contractuele garanties bedongen. Hij heeft zelfs oorspronkelijk bedongen garanties laten vallen ten gunste van een lagere koopprijs. De koper had alle reden om niet meer op de door de verkoper verstrekte informatie af te gaan. De kans op dwaling is door de koper in deze transactie verdisconteerd, aldus de rechter.<sup>61</sup> De koper kan dan geen beroep op dwaling meer doen. De koper kan de verkoper in dit geval dan ook niet meer aanspreken vanwege schending van zijn mededelingsplicht.

#### 7.2.3 *Mogelijke oplossing: invoering van een transfer triggered milieuwet*

Vaststelling van de omvang van de mededelings- en onderzoeksplichten van de verkoper respectievelijk de koper is dus zeer casuïstisch, en soms ook onduidelijk, te noemen. Wat betreft het probleem bodemverontreiniging is hiervoor in de hoofdstukken 4 en 5 de mogelijkheid tot invoering van een zogenaamde transfer

60 Zie HR 10 oktober 2003, LNJ: AI0306 (Dutch Paint), ook becommentarieert door G. Raaijmakers, 'Bedrog bij bedrijfsovernames: een gewaarschuwd mens telt voor twee', *NTBR* 2004/6, p. 277-281.

61 Dit gezien verschillende omstandigheden: een lage koopprijs, het feit dat de koper op de hoogte was van het feit dat de door de verkoper verstrekte informatie niet correct was, hij geen aanvullend en volledig due diligence onderzoek had afgedwongen en uiteindelijk geen (gebruikelijke) garanties van de verkoper heeft gevraagd.

triggered milieuwet in Nederland en de Europese Unie besproken, waarbij het over te dragen terrein verplicht moet worden onderzocht en gesaneerd op het moment van overdracht. Het onderzoek en de sanering moeten onder toezicht van het bevoegd gezag of van een door het bevoegd gezag benoemde (milieu)deskundigen plaatsvinden. Ook de door de Europese Commissie in 2006 nieuw voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem (die uiteindelijk (nog) niet is ingevoerd) stelt de invoering van een dergelijke van overheidswege benoemde milieudeskundige die toeziet op het verplicht ten tijde van de overdracht uit te voeren bodemonderzoek voor. Eén van de voordelen van dit soort transfer triggered milieuwetgeving, is dat contracterende partijen niet meer (achteraf) hoeven te procederen ten aanzien van de omvang van hun mededelings- en onderzoeksplichten in het kader van de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging. In hoofdstuk 5 is betoogd dat een dergelijke transfer trigger ook ten aanzien van enkele andere milieurechtelijke verplichtingen zou kunnen worden ingevoerd.<sup>62</sup> In dat hoofdstuk is tevens gesteld dat dergelijke wetgeving ook nadelen met zich kan meebrengen. Bijvoorbeeld, omdat dergelijke wetgeving de overdracht vertraagt en extra transactiekosten met zich brengt. Ook hier dient derhalve een afweging tussen enerzijds economische belangen, en anderzijds milieubelangen, plaats te vinden. Een duidelijke formulering van een dergelijke wet, met daarin voor de praktijk flexibele mechanismen, is dus noodzakelijk.

7.2.4 *De onderwerpen waarop het milieu due diligence onderzoek, waaronder het bodemonderzoek, zich kunnen richten*

*Kadastrale registers (art. 55 Wbb)*

Het zal duidelijk zijn dat een gedegen (bodem)onderzoek in geval van een bedrijfsovername vaak van groot belang is. Een bedrijfsterrein kan immers door de rechtsvoorganger, andere voorgaande eigenaren, erfpachters of gebruikers in het verleden zijn vervuild. Alle mogelijke documenten van (lokale) overheden met betrekking tot het terrein grond dienen daarom te worden onderzocht. De potentiële koper kan bij de Dienst voor het kadaster en de openbare registers achterhalen of het bevoegd gezag beschikkingen en bevelen zoals bedoeld in art. 55 Wbb

62 Ook in Vlaanderen bestaat een onderzoeksplicht ten aanzien van de overdracht van bepaalde (bedrijfs)terreinen grond. Deze onderzoeksplicht, en waar nodig saneringsplicht, vloeit voort uit het Vlaams Bodemdecreet, zie daarover uitgebreid par. 4.9. Ook dan blijft het van belang om andere mogelijk milieuproblemen te onderzoeken, zie bijvoorbeeld het artikel van Francis Van Nuffel, 'De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen', *Tijdschrift voor Milieurecht* 2005, p. 621-622. Van Nuffel merkt daarover op: "Zoals hierboven reeds vermeld, werd met het Vlaams bodemsaneringsdecreet en de Brusselse bodembeheersordonnantie voor bepaalde transacties de verplichting ingevoerd een voorafgaand bodemonderzoek uit te voeren. Dergelijke wettelijke procedures kunnen bijzonder tijdrovend zijn en aldus de dynamiek tussen de partijen bij de geplande overname van een onderneming verstoren. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de partij die aan deze wettelijke onderzoeksplichten voldoet, niet ontslagen wordt van zijn andere precontractuele verplichtingen. De wettelijk verplichte bodemonderzoeken werpen immers enkel een licht op de kwaliteit van de bodem en het grondwater, en laten alle andere milieurisico's onbesproken."

ten aanzien van de potentieel te kopen grond heeft gegeven.<sup>63</sup> Indien een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb toepasselijk is op het moment van overdracht, dienen partijen ook een regeling te treffen omtrent de vereiste financiële zekerheidstelling, zie art. 55b lid 3 Wbb.

Inschrijving van beschikkingen en bevelen in het kadastrale register brengt met zich mee dat de verkrijger bepaalde bescherming geniet ten aanzien van de in het kadaster ingeschreven feiten, zie de art. 3:23 – 3:25 BW.<sup>64</sup> Met betrekking tot de in het kadaster ingeschreven feiten kan een verkrijger zich in beginsel niet meer op het standpunt stellen dat hij onbekend was met deze ingeschreven feiten. Deze feiten waren immers kenbaar voor de verkrijger.<sup>65</sup>

De potentiële koper kan via het kadastrale register echter niet achterhalen of er ooit door het bevoegd gezag is gedreigd met het opleggen van een saneringsbevel of met het nemen van een beschikking waaruit een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb voortvloeit, dan wel of er door zijn rechtsvoorganger(s) in het verleden bepaalde afspraken (niet vastgelegd in een beschikking of bevel) met het bevoegd gezag zijn gemaakt.

### *Omgevingsfactoren*

Het is aan te raden om ook naar de omgeving van het over te nemen bedrijfsterrein te kijken, met name indien het om een bedrijfsterrein gaat waarop meerdere bedrijven zijn gevestigd.<sup>66</sup> Zijn er bijvoorbeeld gemeenschappelijke voorzieningen getroffen en zo ja, moet de koper dienaangaande een nieuwe (gebruiks)overeenkomst sluiten met de drijver(s) van andere inrichtingen op het desbetreffende bedrijfsterrein? Overleg voorafgaande aan de bedrijfsovername met deze andere

63 Het bevoegd gezag stelt op grond van art. 55 Wbb een afschrift van een beschikking als bedoeld in art. 29, eerste lid Wbb (vaststelling of er sprake is van een geval van ernstige verontreiniging), en art. 37 lid 1 Wbb (vaststelling of er sprake is van saneringsurgentie) ter beschikking aan de Dienst voor het kadaster en de openbare registers. Voorts stelt het bevoegd gezag afschriften van sanerings- en onderzoeksbevelen (de art. 30, 43, 44 en 49 Wbb) aan voormelde Dienst beschikbaar.

64 Zie daaromtrent ook J.H.G. van den Broek, W.A. de Haas, F.J.C.M. de Kok en G.J. Niezen, *De Wet bodembescherming in bedrijf. Een praktische handleiding voor ondernemer en adviseur*, Deventer: Kluwer, 1994, p. 122.

65 Art. 3:23 BW luidt: “Het beroep op een verkrijger van een registergoed op goede trouw wordt niet aanvaard, wanneer dit beroep insluit een beroep op onbekendheid met de feiten die door raadpleging van de registers zouden zijn gekend.” *De Groene Serie Privaatrecht*, Vermogensrecht, Titel 1. Algemene bepalingen Titel 1, afdeling 2. Inschrijvingen betreffende registergoederen, Artikel 23. (3.1.2.6) Goede trouw (Bewerkt door prof.mr. S.E. Bartels), Aantekening 3. De verkrijger van een registergoed, bijgewerkt tot en met 1 juli 2006: “Art. 23 is alleen van belang in het kader van derdenbescherming, waar het gaat om afweging van het belang van de verkrijger (in goederenrechtelijke zin) van een registergoed tegen het belang van anderen, die oudere – en dus in beginsel tegenwerpbare – rechten met betrekking tot dat zelfde registergoed hebben. De koper van een registergoed is geen verkrijger. In de rechtsverhouding tussen koper en verkoper speelt art. 23 derhalve geen rol; voor de onderzoeksplicht van de koper is art. 23 niet relevant (zie over de verhouding tussen art. 3:23 en art. 7:15 onder meer *Asser-Hijma* 5-I, nr. 274; *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 115-116).” Voor onjuistheden in de openbare registers wordt de verkrijger beschermd ingevolge de art. 3:24-3:26 BW.

66 Zie over het ‘milieu due diligence’ ook H. Posser en R.G. Müller, ‘Environmental Due Diligence’, *JEEPL* 2004/2, p. 136-142.



ondernemers/drijvers strekt tot aanbeveling. Daarnaast moet de potentiële koper zich afvragen of andere bedrijven bepaalde (gebruiks)rechten hebben met betrekking tot installaties gelegen op het te kopen terrein. Ook kan het van belang zijn om te onderzoeken of vervuiling vanaf, of juist naar, naastgelegen percelen mogelijk is (geweest).<sup>67</sup> Zijn er bijvoorbeeld extra hoge concentraties stoffen in de bodem of in het (grond)water bij het grensgebied van het perceel aangetroffen? Het is raadzaam ook naar de gegevens van de naastgelegen percelen in het Kadastrale register te kijken. Een veroorzaker kan in geval van verontreiniging worden aangesproken op grond van onrechtmatig handelen, maar perceeloverschrijdende vervuiling – van het perceel van de veroorzaker naar de percelen van anderen – is niet altijd even gemakkelijk aantoonbaar. Indien aanwezig, kunnen ook historische luchtfoto's duidelijkheid verschaffen over de activiteiten die vroeger op het desbetreffende terrein hebben plaatsgevonden.<sup>68</sup>

#### *Andere milieuaspecten dan bodemverontreiniging*

Andere milieuaspecten die van belang kunnen zijn, zijn de mogelijkheid van overgang van de benodigde vergunningen,<sup>69</sup> de mogelijkheden tot uitbreiding van de desbetreffende inrichting/onderneming in de toekomst (bestemmingsplan),<sup>70</sup> en een onderzoek naar de toepasselijkheid en omvang van bepaalde maximum emissienormen geldende voor de desbetreffende inrichting. Specifieke omstandigheden kunnen uiteraard met zich brengen dat omgevingsfactoren van groot belang zijn voor een goede bedrijfsvoering binnen de onderneming zelf. Een bedrijf dat bijvoorbeeld optische instrumenten maakt kan groot belang hebben bij schone lucht in de omgeving. Bij vestiging of overname van een dergelijk bedrijf moet dus tevens goed onderzoek worden verricht naar deze omgevingsfactoren.<sup>71</sup> Daarnaast kan de aspirant-koper, mits hij daarvoor toestemming krijgt van de verkoper, bepaalde werknemers in dienst bij de verkoper, zoals een bedrijfsleider, vragen stellen met betrekking tot mogelijke calamiteiten in het verleden, (informele) contacten met de overheid, aangrenzende grondeigenaren en gebruikers van

67 S.M. Cooke en C.P. Davis, *The Law of Hazardous Waste*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2001, p. 18-34: "A site assessment typically considers past and present operations carried out at the site that could have resulted in site contamination, as well as review of federal, state, and local records regarding facility permits and operations, notifications regarding releases, underground and aboveground tanks, and land uses at the site and in neighboring areas. It is important to note that this review should not ignore off-site activities and contamination that could pose an environmental problem at the site in question. For example, a plume of ground-water contamination could extend onto the site and require remediation there, while pollution both on and off the site could intermingle and pose a problem elsewhere."

68 Een methode die wordt gehanteerd door bijvoorbeeld de Haven Amsterdam. Informatie van R. Barkhuis van de Haven Amsterdam, geïnterviewd op 13 juni 2006 te Amsterdam. Zie voorts S.M. Cooke en C.P. Davis, *The Law of Hazardous Waste*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2001, p. 18-20.

69 Zie ook par. 2.1 en par. 6.4.

70 R.T. Weston en C.P. Wilson, 'Negotiating Transactional Agreements', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 7-18.

71 Informatie verkregen van G.C. Molenkamp, werkzaam bij KPMG, en geïnterviewd op 16 maart 2006 te Amstelveen.

de grond, en gebruiken binnen de bedrijfsvoering.<sup>72</sup> Ook is het denkbaar dat een advocaat of andere juridisch deskundige een milieurechtelijke opinie afgeeft, waarin de status van bepaalde milieurechtelijke aspecten van de over te nemen onderneming wordt geopenbaard.<sup>73</sup>

*Mededelingsplichten van de verkoper tijdens het due diligence onderzoek – praktische uitwerking*

De verkoper, die wetenschap heeft van verontreiniging op het te verkopen bedrijfsterrein door eventuele voorgaande gebruikers, dient deze informatie te melden aan de aspirant-koper indien het waarschijnlijk is dat deze daarvan niet op de hoogte is. Voorts zal de verkoper eventuele correspondentie met de overheid en eventuele (contractuele) afspraken met eigenaren van aangrenzende percelen met betrekking tot bijvoorbeeld de gezamenlijke sanering van het gehele bedrijventerrein, moeten openbaren aan de potentiële koper.<sup>74</sup> De koper zal tevens de docu-

72 S.M. Cooke en C.P. Davis, *The Law of Hazardous Waste*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2001, p. 18-33: "Information obtained through a facility inspection or review of records can be supplemented by use of an environmental questionnaire that requires detailed information about facility operations and permits. The questionnaire would generally be filled out by an engineer or manager familiar with the technical details of the facility and its operations, and such person could either be an employee of the company in question or could be from an outside consulting or engineering firm. Such an questionnaire is often used by attorneys in preparing an environmental opinion regarding a facility's or site's compliance with environmental requirements (...)." Dit overigens mede in verband met het bepaalde in de Beleidsregel (p. 5) waaromtrent de wetenschap van de (ongerechtvaardigd) verrijkte wordt opgemerkt: "2. bij verkrijging tussen 1975 en 1983: de koper aanspreken die op de hoogte was van bodemverontreiniging of op de hoogte had kunnen zijn. Wetenschap kan blijken uit: koper is zelf veroorzaker, locatie was opgenomen in bodemsaneringsprogramma (deze bestaan vanaf 1981), verontreiniging staat vermeld in de transportakte, veel publiciteit in de media, *getuigenbewijs*, er een zeer lage prijs is betaald et cetera. Op de hoogte had kunnen zijn kan blijken uit het feit dat ten tijde van de verwerving onderzoek naar eventuele verontreiniging gaande was. De koper wist dus nog niet van de verontreiniging, maar kon het wel vermoeden." [Cursivering RM].

73 S.M. Cooke en C.P. Davis, *The Law of Hazardous Waste*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2001, p. 18-33: "An environmental opinion may be required in a corporate or real estate transaction of significant size, particularly by the transferee of real property, although such opinions are most often required by lenders in connection with construction financing of industrial or commercial projects. An environmental opinion serves the recipient primarily as a disclosure document and usually focuses on permits needed for a facility or project. The preparation of an opinion by the attorney should entail careful scrutiny of the compliance of the facility or property in question, including consultation with and reliance on the expertise of and certifications by professionals who are familiar with the facility or site or with particular issues. The opinion may well state that the facility or property is in compliance with some requirements and identify other matters where the attorney is unable to provide an opinion that the facility or property is in compliance. (...) Frequently an environmental opinion will not attempt to provide an opinion with respect to site contamination matters because the existence of contamination does not necessarily constitute noncompliance and because site assessments and other documents describing such contamination provide more detailed technical information necessary for the parties to evaluate relevant issues and address them in the transaction." Zie ook Francis Van Nuffel, 'De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen', *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2005, p. 622- 623 en L. Bergkamp, R. Hunter en T.T. Smith, 'Managing environmental liability risks in European business transaction, An Overview of Emerging Liability Schemes and Procedures for Dealing with Environmental Risk in Europe', *TMA* 1996/4, p. 69-85, in het bijzonder over dit onderwerp p. 83.

74 Ingevolge het bepaalde in het Hoog Catharijne arrest, zal de professionele koper evenwel de bij hem, naar aanleiding van de geopenbaarde stukken, gerezen vragen moeten stellen aan de verkoper. Advocaat-Generaal Timmerman zegt daarover in zijn conclusie bij HR 10 oktober 2003, LNJ: AI0306 (Dutch Paint): "I.c. betekende dit dat de verkoper, die de koper in het kader van een due diligenceonderzoek toegang had verleend tot zijn archief, onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat de koper gerichte vragen zou stellen naar het bestaan van bepaalde leningen."

mentatie moeten opvragen waarnaar in de wél geopenbaarde stukken wordt verwezen of die gezien de informatie in de wél geopenbaarde stukken aanwezig zouden moeten zijn (vergelijk het Hoog Catharijne arrest). Als sluitstuk zal de professionele verkoper – om absolute zekerheid te verkrijgen – een eigen bodemonderzoek kunnen verrichten om op die manier volledig aan de op hem rustende mededelingsplicht te voldoen (vendor's due diligence onderzoek).<sup>75</sup>

Verzameling van dergelijke informatie geeft de potentiële koper een beter inzicht in de milieurisico's verbonden aan de over te nemen onderneming/inrichting. De koper kan een inschatting maken ten aanzien van de kans dat hij in de toekomst alsnog wordt aangesproken voor door de overheid gemaakte saneringskosten, dan wel door het bevoegd gezag wordt gedwongen tot grondsanering. Een nadeel is echter dat de koper zich moeilijker op grond van de wet (zie art. 7:17 lid 5 BW) en de rechtspraak<sup>76</sup> kan beroepen op de mogelijke non-conformiteit van het gekochte (in casu eventuele bodemvervuiling) indien hij ten tijde van het sluiten van de overnameovereenkomst op de hoogte was van die vervuiling.<sup>77</sup> Om dit te voorkomen, zal de overnemende partij contractuele bepalingen, zoals garanties en vrijwaringen, kunnen opnemen in het overnamecontract. Op die manier kan er een risico- en aansprakelijkheidsallocatie tussen de contracterende partijen worden overeengekomen. Zoals hiervoor beschreven, kan het niet opnemen van bepaalde contractuele garanties en vrijwaringen in de koopovereenkomst onder omstandigheden, omdat de koper beter had moeten weten, de dwaling voor rekening doen laten komen van de koper.

75 Vergelijk Francis Van Nuffel, 'De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen', *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2005, p. 622: "Zowel de overdrager als de kandidaat-verwerver kan de opdracht geven tot een technische milieu-audit. Er bestaan daarvoor geen vaste regels of gewoonten. Vanuit de Angelsaksische praktijk wordt dikwijls voorgehouden dat het milieu-onderzoek eerder een verplichting zou zijn van de kandidaat-verwerver dan van de overdrager. Deze opvatting steunt op het *caveat emptor* beginsel, dat in de *common law* stelsels strenger wordt ingevuld dan in het continentale recht (...). Dikwijls zal het de overdrager zijn die een milieutechnische audit laat uitvoeren door een externe consultant, en de resultaten ervan ter beschikking stelt van de kandidaat-verwerver(s). Dit gebeurt voornamelijk in het geval van een *auction* (verkoop per opbod) waarbij verschillende kandidaten de mogelijkheid wordt geboden een (indicatief) bod te doen op basis van een louter onderzoek van documenten. In sommige gevallen zal de overdrager de milieutechnische audit ook zelf laten uitvoeren, wanneer de voorgenomen transactie nog niet kenbaar kan gemaakt worden aan de werknemers van de onderneming. De kandidaat-verwerver zal uiteraard moeten nagaan of hij met een dergelijke werkwijze, waarbij zijn eigen experts niet zelf een toegang hebben gekregen tot de site, kan akkoord gaan. Minstens zal hij er zorg voor dragen om in het contract bijzondere waarborgen te eisen over de volledigheid en de kwaliteit van de uitgevoerde onderzoeken. Partijen komen soms ook overeen om de milieutechnische audit gezamenlijk uit te voeren: zij stellen dan samen een consultant aan en delen de kosten ervan. Op die wijze kunnen beide partijen er zich van verzekeren dat zij met dezelfde objectieve informatie aan de onderhandelingen kunnen beginnen. (...) Het is aanbevolen dat het rapport van de milieutechnische audit een onderscheid maakt tussen enerzijds de bevindingen die wijzen op een strijdigheid met verplichtingen die uit de (toekomstige) wetgeving of de vergunningen volgen ("compliance"), en anderzijds de aanbevelingen voor een betere beheersing van de milieurisico's ("best practice"). Een rapport is niet volledig wanneer de deskundige ook geen inschatting maakt van de kosten die nodig zijn om de onderneming terug in conformiteit te brengen met de regelgeving, en met de kosten die zinvol zijn vanuit een "best practice" oogpunt."

76 Zie bijvoorbeeld de reeds genoemde uitspraken HR 21 juni 2002, *NJ* 2004, 128 m.nt. WMK (Van den Akker/Gemeente Helmond) en Hof 's-Hertogenbosch 20 mei 1992, *NJ* 1993, 89.

77 Art. 7:17 lid 5 BW, eerste volzin, luidt namelijk: "De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijze bekend kon zijn."

### 7.3 De aandelentransactie, de activa/passivatransactie, de juridische fusie of (af)splitsing en de juridische herstructurering: verschillende benaderingen?

In deze paragraaf wordt specifiek ingegaan op de vraag welke consequenties er zijn verbonden aan de verschillende wijzen van bedrijfsovername in verband met milieurechtelijke aspecten.<sup>78</sup>

#### 7.3.1 De aandelentransactie

In geval van een aandelentransactie is er uiteraard geen sprake van een wijziging van de rechtspersoon die als drijver van de inrichting of als de vervuiler/veroorzaker van (bodem)verontreiniging kan worden aangemerkt. De oorspronkelijke rechtspersoon blijft bestaan en blijft de inrichting/onderneming drijven. Alleen de aandelen veranderen van eigenaar.<sup>79</sup> De vennootschap kan bijvoorbeeld worden aangesproken als veroorzaker van bodemverontreiniging indien de vennootschap in het verleden een door haar vervuild perceel heeft verkocht aan een derde. Deze aansprakelijkheid kan trouwens ook uit een voorgaand overnamecontract voortvloeien, bijvoorbeeld indien de vennootschap de koper destijds heeft gevrijwaard voor kosten in verband met bodemverontreiniging, dan wel de vennootschap de koper contractueel heeft gegarandeerd dat de grond niet is vervuild.<sup>80</sup> Dergelijke aansprakelijkheid kan de vermogenspositie van de vennootschap beïnvloeden en raakt op die manier uiteindelijk ook de nieuwe aandeelhouder. Zijn aandelen kunnen immers in waarde dalen vanwege de verslechterde vermogenspositie van de vennootschap.

---

<sup>78</sup> Zie over milieuproblematiek en de verschillende wijzen van bedrijfsovername onder andere ook: N.S.J. Koeman en A. ten Veen, 'Milieu-aspecten bij fusies bij overnames', in: M.G. Faure en C.A. Schwartz (red.), *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 178-185 en A.J.H. van der Saag, 'Environmental Risks and Acquisitions in The Netherlands', *International Business Lawyer*, September 1996, p. 370-378.

<sup>79</sup> R.T. Weston en C.P. Wilson, 'Overall Structure of the Transaction', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-8: "As a result, the due diligence required for a stock purchase (as well as a merger) must extend not only to current conditions at any facilities presently owned or operated by the company, but also past conditions, past practices, and potential onsite and offsite liabilities. The company's prior operational history, including all sites where it previously conducted business, must be evaluated; historical waste management practices must be reviewed; and latent contractual obligations should be identified and assessed." Zie tevens: J.M. Grasso, K.A. Caffee en T.J. Carlstedt, 'Lessons Learned: An Eye Opening Look at Environmental Due Diligence in Stock Purchase Transactions', *Toxics Law Reporter* 2002, Vol. 17, No. 19, p. 463-469.

<sup>80</sup> Vergelijk Francis Van Nuffel, 'De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen', *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2005, p. 622-623: "Wanneer de voorgenomen transactie betrekking heeft op de overdracht van aandelen in een vennootschap, zal het van belang zijn de milieu-audit niet enkel toe te spitsen op de sites die thans door de vennootschap (of haar dochters) worden uitgebaat, doch eveneens na te gaan of de vennootschap (of haar dochters of rechtsvoorgangers) ook niet op andere plaatsen een exploitatie heeft gehad. Ook jaren nadat de exploitatie op een bepaalde plaats is stopgezet, kunnen immers nog milieu-aansprakelijkheden opduiken. Het juridische luik van de audit zal dan ook een nauwkeurige analyse dienen te bevatten van de eventuele overeenkomsten tot overdracht van de sites die niet meer door de vennootschap worden geëxploiteerd om na te gaan of er nog milieu-aansprakelijkheden kunnen worden ten laste gelegd van de vennootschap met betrekking tot die historische exploitaties."

Aangezien aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden in geval van een aandelenoverdracht blijven rusten bij dezelfde vennootschap, moeten partijen betrokken bij de overdracht van de aandelen andere methoden bedenken om deze risico's onderling te kunnen verdelen. Te denken valt bijvoorbeeld aan:

- (a) een verlaging van de koopprijs;
- (b) het in het leven roepen van een zogenaamde (tussen)rekening, met daarop gestort een bepaald gedeelte van de koopsom aan te wenden voor eventuele saneringskosten;
- (c) het vragen van contractuele garanties en vrijwaringen van de verkopende aandeelhouders;
- (d) gefaseerde betaling van de koopsom; of
- (e) het vragen van een bepaalde vorm van financiële zekerheid ten aanzien van de door de verkopende aandeelhouder(s) verstrekte vrijwaringen (een zekerheidsrecht of kredietbrief).<sup>81</sup>

#### *Transfer triggering milieuwet*

Overigens zou in geval van invoering van een transfer triggered milieuwet de term overdracht of transactie zo kunnen worden geformuleerd, dat daar ook een overdracht van aandelen onder valt, vergelijk de situatie in de Amerikaanse staten New Jersey (ISRA) en Connecticut (Transfer Act). Zie daarover hoofdstuk 5. Een dergelijke uitbreiding van de term overdracht of transactie is naar mijn mening ook mogelijk in art. 55b lid 3 Wbb. Dit zal dan naar mijn mening wel specifiek in de wet moeten worden opgenomen, en niet moeten worden overgelaten aan de rechter. De rechtszekerheid en de al bestaande wettelijke omschrijving van het begrip van overdracht in art. 3:80 BW, leiden er naar mijn mening toe dat de reikwijdte van het begrip in het milieurecht wettelijk zou moeten worden vastgelegd in de transfer triggered milieuwetgeving.

#### *7.3.2 De activa/passivatransactie*

Het voordeel van deze wijze van bedrijfsovername is dat bepaalde activa en/of passiva die tezamen de oorspronkelijke onderneming vormen buiten de overnametransactie kunnen worden gehouden. Nadeel van een activa/passivatransactie is dat alle activa en passiva afzonderlijk, op de door de wet voor dat actief of passief voorgeschreven wijze, moeten worden overgedragen.<sup>82</sup> De omstandigheid dat vanwege de veroorzaking van bodemverontreiniging door de veroorzaker onrechtmatig is gehandeld jegens de vorige eigenaar van de grond, betekent dus niet dat de mogelijke vordering tot schadevergoeding van de vorige eigenaar op de veroorzaker van rechtswege overgaat op de opvolgende eigenaar of eigenaren. Daarvoor is

<sup>81</sup> Vergelijk R.T. Weston en C.P. Wilson, 'Overall Structure of the Transaction', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-9.

<sup>82</sup> Zie bijvoorbeeld de art. 6:155 e.v. BW (schuld- en contractsoverneming).

een afzonderlijke overdracht van de vordering tot schadevergoeding noodzakelijk.<sup>83</sup>

De activa/passivatransactie leent zich bij uitstek om bepaalde activa en/of passiva, die de koper niet wil overnemen, geen deel uit te laten maken van de transactie. Indien er bijvoorbeeld drie bedrijfsterreinen worden overgenomen, en één van die bedrijfsterreinen is ernstig vervuild, kan dat terrein buiten de transactie worden gehouden. Ten aanzien van de gebouwen kan vervolgens ten behoeve van de koper een huurrecht worden gevestigd (zie daarover par. 7.6 hierna).

Indien de verkoop echter wordt gebruikt om verantwoordelijkheid voor sanering van bodemverontreiniging te ontlopen, waarbij de verkoper ná de bewuste activa/passivatransactie niet meer solvabel blijkt te zijn, kan de overheid trachten de betrokken (rechts)personen aan te spreken op grond van onrechtmatige daad. Indien de overheid op het moment van de transactie reeds schuldeiser was – de overheid was bijvoorbeeld al begonnen met de grondsanering – kan zij de betrokken partijen wellicht aanspreken vanwege de benadeling van haar verhaalsmogelijkheden (de zogenaamde *actio pauliana*).<sup>84</sup> Er kan immers sprake zijn van bewuste benadeling van de verhaal zoekende overheid.

In het geval van koop van de eigendom of van een erfpachtrecht op het vervuilde perceel door een bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter kan op de nieuwe eigenaar of erfpachter een wettelijke saneringsplicht komen te rusten (art. 55b Wbb), ongeacht of hij al dan niet de veroorzaker is van de verontreiniging of daarvan kennis had ten tijde van de koop (hoewel deze kennis wél weer een rol kan spelen bij de eventuele toewijzing van subsidie en de hoogte daarvan op grond van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering). De verantwoordelijkheid voor de bodemsanering blijft rusten op de voormalige eigenaar of erfpachter, totdat naar het oordeel van het bevoegd gezag voldoende financiële zekerheid is gesteld door de nieuwe eigenaar of erfpachter (art. 55b lid 3 Wbb). Ook kan de koper onder omstandigheden worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking (zie art. 75 lid 3 Wbb, de Notitie en de Beleidsregel waarop uitgebreid is ingegaan in hoofdstuk 3).

### 7.3.3 *De juridische fusie en (af)splitsing*

De derde wijze van bedrijfsovergang is die waarbij sprake is van rechtsopvolgers onder algemene titel.<sup>85</sup> Rechtsopvolging onder algemene titel vindt onder andere plaats in geval van een juridische fusie<sup>86</sup> of een juridisch (af)splitsing.<sup>87</sup> Welke

<sup>83</sup> HR 4 maart 2005, *NJ* 2005, 445, m.nt. CJHB (Esso), r.o. 3.6.

<sup>84</sup> Zie art. 3:45 BW en in geval van faillissement art. 42 Fw.

<sup>85</sup> Zie art. 3:80 lid 2 BW.

<sup>86</sup> Zie art. 2:309 BW (juridische fusie).

<sup>87</sup> Zie art. 2:334a BW (juridische (af)splitsing).

consequenties heeft de rechtsopvolging onder algemene titel met betrekking tot de problematiek van bodemverontreiniging?

#### *De juridische fusie*

In geval van een juridische fusie treedt de rechtsopvolger onder algemene titel in alle rechten en verplichtingen van de rechtsvoorganger. Juridisch gezien neemt de rechtsopvolger onder algemene titel de positie van de rechtsvoorganger in. Een juridische fusie brengt geen complicaties met zich mee ten aanzien van mogelijke aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden van de fuserende rechtspersonen voortvloeiende uit de periode van vóór de juridische fusie. Wél zou de positie van schuldeisers ná de fusie kunnen verzwakken. Indien één van de twee fuserende rechtspersonen bijvoorbeeld een slechtere vermogenspositie heeft en schulden in de verkrijgende rechtspersoon inbrengt, kan de vermogenspositie van de verkrijgende rechtspersoon slechter zijn dan de vermogenspositie van één van de fusiepartners.

Ook de positie van de sanerende overheid in haar hoedanigheid van schuldeiser van een fuserende rechtspersoon zou kunnen verslechteren ná het plaatsvinden van de juridische fusie. Indien de juridische fusie plaats vindt op een moment dat de overheid reeds schuldeiser is van (één van) de fuserende rechtspersonen, kan de overheid zich beroepen op art. 2:316 BW. Op grond van dit wetsartikel kan de schuldeiser van een fuserende rechtspersoon verlangen dat ten minste één van de te fuseren rechtspersonen hem een waarborg geeft voor de voldoening van zijn vordering. Indien deze zekerheid niet wordt gegeven, kan de schuldeiser door middel van het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank<sup>88</sup> tegen het voorstel tot fusie in verzet komen.<sup>89</sup> Uiteraard biedt deze weg geen uitkomst voor de zich verhalende overheid indien de bodemsanering plaatsvindt ná de totstandkoming van de juridische fusie.

Indien een verkrijgende (al dan niet nieuw opgerichte) rechtspersoon een (verontreinigd) perceel onder algemene titel verkrijgt van een verdwijnende rechtspersoon, zal de verkrijgende vennootschap tevens de juridische hoedanigheid van de verdwijnende rechtspersoon ten aanzien van dit perceel overnemen. Ook de hoedanigheid van schuldig eigenaar/veroorzaker dan wel van onschuldig eigenaar met betrekking tot de onrechtmatige daad en de ongerechtvaardigde verrijksactie van art. 75 Wbb – inclusief het weten dan wel behoren te weten en de glijdende schaal uit de Beleidsregel lopende vanaf 1975 – zal integraal over gaan op de onder algemene titel verkrijgende rechtspersoon.

<sup>88</sup> De rechtbank in de woonplaats van de betreffende rechtspersoon, zie art. 995 lid 1 Rv.

<sup>89</sup> Zie art. 2:316 lid 2 BW. Dit is anders indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de verkrijgende rechtspersoon na de fusie niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is.

*De juridische (af)splitsing*

De situatie waarin sprake is van een juridische (af)splitsing kan wat betreft de vaststelling van verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging, in vergelijking tot de juridische fusie, gecompliceerder zijn.

In geval van een zuivere juridische splitsing<sup>90</sup> houdt de splitsende rechtspersoon op te bestaan en gaat haar vermogen, overeenkomstig de aan de akte van splitsing gehechte beschrijving, onder algemene titel over op twee of meerdere andere rechtspersonen. Indien de splitsende rechtspersoon percelen in eigendom heeft, worden deze percelen onder algemene titel overgedragen aan de verkrijgende rechtspersonen. Indien de splitsende rechtspersoon meerdere percelen in eigendom heeft kunnen deze percelen worden overgedragen aan verschillende verkrijgende rechtspersonen. De verkrijgende rechtspersonen zullen met betrekking tot de onder algemene titel overgedragen grond in verband met art. 75 Wbb de hoedanigheid van de splitsende rechtspersoon ten aanzien van die grond overnemen. Een probleem ontstaat voor de verhaal zoekende overheid indien de verkrijgende rechtspersoon minder solvent is dan de splitsende/verdwijnende rechtspersoon. Ook in geval van een juridische splitsing kan een schuldeiser verlangen dat zekerheid wordt gesteld, of kan aan hem een andere waarborg worden gegeven ter dekking van zijn vordering.<sup>91</sup> Indien de zekerheid niet wordt gegeven door één van de partijen bij de juridische splitsing, kan de schuldeiser door middel van het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank in de woonplaats van de rechtspersoon/schuldenaar in verzet komen tegen het voorstel tot splitsing.<sup>92</sup> Ook hier geldt weer dat verzet slechts ingesteld kan worden indien de overheid ten tijde van de juridische splitsing reeds schuldeiser was van de splitsende rechtspersoon. Indien de bodemsaneringsproces aanvangt ná het plaatsvinden van de juridische splitsing, is de overheid nog geen schuldeiser op het moment van de juridische splitsing.

Echter, naast de mogelijkheid tot verzet, is in dit verband art. 2:334t BW nog van belang. Lid 1 van dit wetsartikel bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voort bestaande afgesplitste rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de juridische (af)splitsing. Het gaat om schulden die voortvloeien uit rechtsverhoudingen waarbij de (af)splitsende rechtspersoon ten tijde van de juridische (af)splitsing partij was. De schuld zelf hoeft op het moment van de juridische (af)splitsing dus nog niet te bestaan. Schuldeisers kunnen vorderingen op grond van bijvoorbeeld wanprestatie met betrekking tot een overeenkomst die al bestond ten tijde van de juri-

---

<sup>90</sup> Zie art. 2:334a lid 2 BW.

<sup>91</sup> Zie art. 2:334k BW. Dit geldt niet, indien de schuldeiser voldoende waarborgen heeft of de vermogenstoestand van de rechtspersoon die na de splitsing zijn schuldenaar zal zijn niet minder waarborg zal bieden dat de vordering zal worden voldaan, dan er voordien is.

<sup>92</sup> Zie art. 2:334l lid 1 BW.



dische (af)splitsing, verhalen op de verkrijgende rechtspersoon of de voort bestaande gesplitste rechtspersoon. Ook de verhaal zoekende sanerende overheid kan zich op deze manier verhalen op de veroorzaker van de verontreiniging of op de vanwege de bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte (zie art. 75 Wbb), mits de onrechtmatige daad reeds was gepleegd, of de ongerechtvaardigde verrijking reeds had plaats gevonden op het moment dat de juridische (af)splitsing plaatsvond.

#### *De onroerend goed vennootschap*

Wellicht zijn alle onroerende zaken van de splitsende rechtspersoon ondergebracht in een zogenaamde onroerend goed vennootschap. Indien bepaalde percelen nadien vervuild blijken te zijn, is het niet ondenkbaar dat deze onroerend goed vennootschap niet solvent is op het moment dat er kosten met betrekking tot bodemsanering moeten worden gemaakt. De onroerend goed vennootschap heeft immers naast de onroerende zaken (meestal) geen andere activa in eigendom. Niet ondenkbaar is dat een onroerend goed vennootschap juist is opgericht om mogelijke aansprakelijkheden voor bodemsanering te beperken. Zulke motieven zijn echter niet altijd gemakkelijk aantoonbaar.

Soms kunnen de bij de juridische splitsing betrokken personen of (voorheen) gelieerde rechtspersonen aansprakelijk/verantwoordelijk worden gehouden voor benadeling op grond van onrechtmatige daad. Ook dergelijk onrechtmatig handelen van bijvoorbeeld bestuurders of aandeelhouders is niet gemakkelijk aantoonbaar, en verhaal wordt soms bemoeilijkt omdat de aansprakelijke bestuurders zélf weer BV's zijn. Zie over de verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen in dit verband uitgebreid hoofdstuk 8. In deze situaties kan een rechtshandeling onder omstandigheden ook worden vernietigd door de schuldeiser op grond van de actio pauliana (art. 42 Fw en art. 3:45 BW).

#### *Ongerechtvaardigde verrijking en de juridische fusie en (af)splitsing*

Mogelijke ongerechtvaardigde verrijking kan plaatsvinden bij de verkrijgende rechtspersoon. Indien er geen sprake is van veroorzaking van vervuiling door de oorspronkelijke rechtsperso(n)en (fuserende of splitsende rechtspersoon) én de overheid zélf is overgegaan tot het saneren van de vervuilde grond in eigendom van de verkrijgende vennootschap, zal er alleen verhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking mogelijk zijn. In dat verband zijn de omstandigheden waaronder de oorspronkelijke verkrijging van de fuserende of (af)splitsende rechtspersoon van het desbetreffende perceel heeft plaatsgevonden van belang. Een voorbeeld kan deze situatie verduidelijken.

NV X koopt in 1972 een, naar later zal blijken, vervuild perceel. NV X is niet aan te merken als veroorzaker van de vervuiling en kan daarom niet worden aangesproken op grond van een onrechtmatige daad (art. 75 leden 1 of 6 Wbb). NV X

en NV Y fuseren in 1995 tot de nieuw opgerichte NV Z. In 1998 blijkt ná uitgevoerd bodemonderzoek dat het in 1972 door NV X gekochte perceel is vervuild. Stel dat de overheid het vervuilde perceel saneert en de kosten dienaangaande op grond van de ongerechtvaardigde verrijking wil verhalen op NV Z. Aangezien er hier sprake is van een verkrijging onder algemene titel door NV Z, zal de Nederlandse Staat haar kosten niet kunnen verhalen op NV Z. Indien een dergelijke vordering wél zou worden toegewezen, wordt immers voorbij gegaan aan de omstandigheid dat het perceel in 1995 onder algemene titel is overgegaan op NV Z, waarbij NV Z juridisch in de positie treedt van (voordien) NV X. Als niet-veroorzaker kon NV X niet worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Rechtsopvolger NV Z kan dan ook niet op die grond worden aangesproken.

De (nieuwe) Beleidsregel van 2007 gaat ook in de opvolging onder algemene titel. In par. 4.2 van de Beleidsregel wordt immers het volgende gesteld:

“Fusie, splitsing en boedelmenging

Evenals bij de erfgenamen is in geval van fusie, als bedoeld in artikel 309 van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW), splitsing als bedoeld in artikel 334a van Boek 2 BW en boedelmenging sprake van rechtsopvolging onder algemene titel. Hierbij geldt dat de rechtspositie van de rechtsvoorganger wordt overgenomen (schuldig of onschuldig). In deze gevallen zal het kostenverhaal zich echter niet beperken tot de omvang van het vermogen van de rechtsvoorganger. De rechtsopvolger onder algemene titel is met zijn gehele vermogen aansprakelijk.”

De laatste twee hierboven geciteerde zinnen duiden erop dat de Beleidsregel er van uitgaat dat de vordering tot kostenverhaal (in dit geval een verbintenis voortvloeiende uit art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) of art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) en art. 75 Wbb) geheel kan worden verhaald op de verkrijgende rechtsvoorganger. Dit vloeit ook voort uit art. 2:334t BW, waarvan de eerste drie artikelleden luiden:

- “1. De verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon zijn aansprakelijk tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de splitsing.
2. Voor ondeelbare verbintenissen zijn de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon elk voor het geheel aansprakelijk.
3. Voor deelbare verbintenissen is de verkrijgende rechtspersoon waarop de verbintenis is overgegaan of, zo de verbintenis niet op een verkrijgende rechtspersoon is overgegaan, de voortbestaande gesplitste rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk. De aansprakelijkheid voor deelbare verbintenissen is voor elke andere rechtspersoon beperkt tot de waarde van het vermogen dat hij bij de splitsing heeft verkregen of behouden.”

De verhaalsmogelijkheden van de sanerende overheid zijn echter groter dan de Beleidsregel doet vermoeden: ook de andere verkrijgende rechtspersonen zijn op grond van art. 2:334t BW mogelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verbintenis tot schadevergoeding van de gesplitste en oorspronkelijk aansprakelijke

rechtspersoon. De Beleidsregel sluit kostenverhaal op de andere verkrijgende rechtspersoon of rechtspersonen dan ook niet uit. Wél lijkt de Beleidsregel er logischerwijze van uit te gaan dat het kostenverhaal in beginsel plaatsvindt op de rechtspersoon die het desbetreffende gesaneerde terrein onder algemene titel heeft verkregen.

*Het verdelen van aansprakelijkheid tussen de aandeelhouders van de twee originele fusierende vennootschappen*

In het kader van de waardering van de waarde van de juridisch te fuseren vennootschappen kan rekening worden gehouden met het feit dat op één van de te fuseren vennootschappen een saneringsplicht rust. Op die manier verkrijgen de aandeelhouders van de respectievelijke fusierende vennootschappen naar rato – gebaseerd op de waardering van de respectievelijke fusierende vennootschappen – een aandeel in de nieuwe fusievennootschap.

De Amerikaanse auteurs *Weston* en *Wilson* geven nog een andere mogelijkheid:

“Another possibility is to structure the merger such that the shareholders of the company having the environmental “challenge” receive phased (deferred) consideration for their interests in the merging entity. Under such an arrangement, using the example provided previously, the shareholders of Company B might receive X shares in the new merged company, with the agreement that if after a certain period, the cleanup action has been completed, and the cost has been less than some stated amount, they will receive additional shares based on some formula keyed to the amount incurred for resolving the environmental problem.”<sup>93</sup>

Ook op die manier kunnen de kosten verbonden aan de bodemsanering financieel worden gewaardeerd, dus door middel van het al dan niet uitgeven van extra aandelen in de fusievennootschap ná het uitvoeren van de bodemsanering. Er zijn derhalve methoden voorhanden om het probleem (bodem)verontreiniging financieel te waarderen in geval van de inbreng van een vennootschap ten tijde van een juridische fusie. Deze methoden zijn overigens algemene methoden die mede toegepast kunnen worden in geval van inbreng van het vermogen van een vennootschap waaraan mogelijk milieurechtelijke aansprakelijkheden en verantwoordelijkheden kleven.

**7.3.4** *Joint ventures: gezamenlijke bodemsanering*

Indien duidelijk is dat er sprake is van een ernstig verontreinigd bedrijfsterrein (in het Engels ook wel een brownfield genaamd), kunnen de verkoper en koper ook eerst gezamenlijk de te saneren grond beheren via bijvoorbeeld een BV waarin zij

---

93 R.T. Weston en C.P. Wilson, ‘Overall Structure of the Transaction’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-7 en 6-8.

beiden participeren. Partijen kunnen dan daarna gezamenlijk het gesaneerde perceel grond (her)ontwikkelen. *Weston* en *Wilson* merken over deze mogelijkheid het volgende op:

“This option may be particularly attractive if the current owner wants to maintain control of the project and avoid incurring “boomerang” liabilities from mismanagement of the redevelopment by others. Alternatively, the current owner may wish to secure some of the profits from the redevelopment effort. From the developer’s side, a partnership or joint venture may be attractive because of the current owner’s greater knowledge of the site, and the sharing of risk with the presently responsible party. A partnership or joint venture also may be attractive where two or more parties, none of which is the current owner, wish to jointly redevelop a site.”<sup>94</sup>

Op deze manier kunnen beide partijen (rechtsvoorganger en rechtsopvolger) betrokken blijven bij de grondsanering, en kan de joint venture vennootschap indien nodig en wenselijk de financiële zekerheid als bedoeld in art. 55b lid 3 Wbb stellen. Dit laatste kan uiteraard alleen met goedkeuring van het bevoegd gezag.

Het oprichten van een joint venture vennootschap omvat meer dan alleen het opstellen van enkele contractuele bepalingen ten aanzien van de uit te voeren grondsanering.<sup>95</sup> Er moeten dus wel belangrijke redenen aanwezig zijn om een dergelijke juridische constructie in het leven te roepen waarbij het vervuilde perceel wordt overgedragen aan de joint venture vennootschap, alleen ten behoeve van het uitvoeren van een grondsanering.

Er is de laatste jaren overigens een ontwikkeling gaande waarbij de sanering van ernstig vervuilde terreinen geheel aan ontwikkelaars wordt overgelaten. Deze ontwikkelaars nemen vaak ook het vervuilde terrein in eigendom over, saneren en ontwikkelen de grond, en verkopen vervolgens de gesaneerde grond.

### 7.3.5 *De juridische herstructurering van een rechtspersoon in financiële moeilijkheden*

Door middel van een juridische herstructurering wordt vaak getracht een vennootschap te behoeden voor een dreigend faillissement. Dit gebeurt vaak door middel van het afstoten van slecht lopende bedrijfsonderdelen. Bij de juridische herstructurering zijn meestal banken (financiers) nauw betrokken. Schuldeisers

94 R.T. Weston en C.P. Wilson, ‘Overall Structure of the Transaction’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-20.

95 R.T. Weston en C.P. Wilson, ‘Overall Structure of the Transaction’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, merken hier over op (p. 6-22): “Joint ventures most often take the form of a partnership or a limited liability company. Joint venture documentation, if done correctly, is very complex, because it deals with the entity’s formation, ownership, control, economic return, operation and termination as well as with the relations among the joint venture participants during the course of the venture.”

van de afgestoten onderdelen (groepsmaatschappijen) blijven daarbij soms achter, met als gevolg dat hun verhaalsmogelijkheden op de geherstructureerde schuldenaar aanzienlijk verslechteren. De verhaalspositie van schuldeisers zal echter niet onder alle omstandigheden verslechteren. Vandaar dat dergelijke constructies soms (juridisch) toelaatbaar zijn. Indien zonder herstructurering de rechtspersonen deel uitmakend van het concern bijvoorbeeld failliet zouden gaan en daardoor het voortbestaan van het hele concern uiteindelijk in gevaar zou komen, zou de faillissementsboedel niet toereikend zijn om alle (concurrente) schuldeisers te voldoen. In een dergelijke situatie zijn (concurrente) schuldeisers niet beter af in vergelijking met het geval waarin het concern tijdig wordt geherstructureerd.

De juridische herstructurering vindt vaak plaats door middel van een aandelenoverdracht of een activa/passiva overdracht. Met name in geval van een activa/passiva overdracht waarbij de identiteit van de eigenaar van de grond wijzigt kunnen de verhaalsmogelijkheden veranderen. De vennootschap die de verontreiniging heeft veroorzaakt is dan bijvoorbeeld niet langer eigenaar van de grond en is ten tijde van de juridische herstructurering wellicht ontbonden en geliquideerd (zie par. 7.3.6 hierna). De verhaalsmogelijkheden van de overheid op de veroorzaker zijn dan in het algemeen vervallen. De nieuwe eigenaar kan in dat geval slechts worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking na bodemsanering uitgevoerd door de overheid. Wél is het mogelijk dat aan de nieuwe bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter een wettelijke saneringsplicht wordt opgelegd (zie art. 55b Wbb, zie hoofdstuk 3). Dit zal dan ook meestal de gangbare handelswijze van het bevoegd gezag zijn. Het op de hoogte zijn, of redelijkerwijze op de hoogte behoren te zijn, van de bodemverontreiniging is van belang indien de overheid zelf saneert en de eigenaar (niet-veroorzaker) vervolgens aanspreekt op grond van ongerechtvaardigde verrijking (vergelijk art. 75 lid 3 Wbb en de Beleidsregel). Vaak staat de verhalende overheid echter met lege handen indien de veroorzaker niet langer bestaat en de nieuwe eigenaar niet solvabel blijkt te zijn. De overheid rest dan slechts de mogelijkheid bestuurders of aandeelhouders van de vennootschap aan te spreken op grond van de onrechtmatige daad. Op deze problematiek wordt verder ingegaan in hoofdstuk 8.

Indien bedrijfsterreinen in het kader van een juridische herstructurering worden overgedragen aan een solvabele groepsmaatschappij/rechtspersoon welke juist na de gehele herstructureringsoperatie voort zal bestaan, is het voor de verkrijgende rechtspersoon van groot belang een bodemonderzoek te verrichten. Hoewel het uitvoeren van een dergelijk bodemonderzoek tijdens een periode van juridische herstructurering vaak niet de hoogste prioriteit zal hebben van de betrokkenen – vaak spelen andere acute (financiële) problemen een grotere rol tijdens het herstructureringsproces – kan het uitvoeren van een bodemonderzoek toch van belang zijn. Indien immers ná de juridische herstructurering en overdracht blijkt dat het desbetreffende bedrijfsterrein is vervuild, kan de achterliggende gedachte van de juridische herstructurering – het laten voortbestaan van enige gezonde (voormalige) groepsmaatschappijen – alsnog in het gedrang komen. Deze proble-

men hadden eenvoudig voorkomen kunnen worden door vóór de bewuste overdracht een deskundig bodemonderzoek uit te (laten) voeren.

#### 7.3.6 *Ontbinding en vereffening van een rechtspersoon*

In geval van ontbinding en vereffening van een rechtspersoon (art. 2:19 – 2:24 BW), dienen de schuldeisers van de vennootschap te worden voldaan (art. 2:23b BW). De vereffenaar (art. 2:23 BW en art. 2:23a BW) verdeelt het vermogen van de ontbonden rechtspersoon onder de schuldeisers (art. 23b BW). Ook de sanerende overheid of private schuldeisers van de ontbonden rechtspersoon dienen in dat geval hun vordering op deze manier te verhalen op de ontbonden vennootschap. Indien na de ontbinding van de rechtspersoon blijkt dat er nog een schuld-eiser of gerechtigde tot het vermogen van de ontbonden rechtspersoon opkomt – of er blijkt nog een bate te bestaan – kan de vereffening door de rechtbank op verzoek van een belanghebbende worden heropend (art. 2:23c BW). Zie wat betreft de naleving van de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb in geval van ontbinding en vereffening van de rechtspersoon waarop de wettelijke saneringsplicht rust par. 3.3.2.4.

### 7.4 **Ongerechtvaardigde verrijking**

#### *Ongerechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder*

Niet alleen de eigenaar, diegene die zeggenschap heeft in de veroorzakende vennootschap (bestuurder, enig aandeelhouder/moedervennootschap), een zakelijk gerechtigde zoals een erfpachter of diegene met een opstalrecht op de grond kan mogelijk worden geconfronteerd met een ongerechtvaardigde verrijkingsactie van de overheid.<sup>96</sup> Blijkens de wetsgeschiedenis<sup>97</sup> en de Notitie<sup>98</sup> dient ook het financiële voordeel dat iemand bij bodemonderzoek en bodemsanering heeft te worden betrokken. De Notitie geeft als voorbeeld de hypotheekhouder die wordt verrijkt vanwege de van overheidswege uitgevoerde bodemsanering, indien de waarde van de met hypotheek bezwaarde zaak ná de bodemsanering de waarde van deze zaak vóór de bodemsanering blijkt te overtreffen. Achterliggende gedachte is dat indien de hypotheekhouder ná de bodemsanering de onroerende zaak (registergoed) executoriaal verkoopt, de waarde van de opbrengst van de (executie)verkoop hoger is in vergelijking met de waarde van de onroerende zaak vóór de uitvoering van de bodemsanering, dus in vervuilde staat. Als de berekende verkoopwaarde van de onroerende zaak in vervuilde staat niet toereikend zou zijn geweest om de schuld van de hypotheekgever aan de hypotheekhouder/-bank te voldoen, kan er sprake zijn van verrijking van de hypotheekhouder.

<sup>96</sup> Zie p. 8 van de Notitie.

<sup>97</sup> Dit blijkt bijvoorbeeld uit *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 58 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 21, p. 34.

<sup>98</sup> Zie p. 6 van de Notitie.

Ingevolge de Notitie<sup>99</sup> en de wetgeschiedenis<sup>100</sup> speelt in dit geval niet alleen de vraag of de hypotheekhouder tot uitwinning van de zekerheid (na de bodemsanering) is overgegaan, maar ook meer in het algemeen diens positie ten opzichte van het vermogen van de eigenaar/hypotheekgever. Daarmee zullen mijns inziens met name zijn bedoeld de overige verhaalsmogelijkheden van de hypotheekhouder op zijn schuldenaar/hypotheekgever, de hoogte van de schuld en de hoogte van het verhypotheekte geldbedrag. Het is niet gemakkelijk voorstelbaar dat de hypotheekhouder wordt verrijkt indien de hypotheekgever zowel vóór als ná de bodemsanering aan al zijn verplichtingen uit de hypotheekovereenkomst voldoet, met andere woorden: indien hij de afgesproken rente en aflossing betaalt. Maar het valt niet uit te sluiten dat de hypotheekhouder ook in dergelijke gevallen is aan te duiden als een vanwege de bodemsanering van overheidswege ongerechtvaardigd verrijkte (zie par. 3.4.2).

#### *Ongerechtvaardigde verrijking van de projectontwikkelaar*

Een andere economisch gerechtigde die aangesproken zou kunnen worden vanwege ongerechtvaardigde verrijking is een projectontwikkelaar die nooit juridisch eigenaar van de grond is geweest, en het eigendomsrecht direct is overgegaan van de gronduitgevende gemeente naar de uiteindelijke koper.<sup>101</sup> De projectontwikkelaar kan zijn verrijkt indien achteraf blijkt dat de verkoopprijs te hoog was vanwege aanwezige bodemverontreiniging.

#### *Andere mogelijkerwijze ongerechtvaardigd verrijkten: bedrijfsmatige huurders, kredietbanken, verzekeringsmaatschappijen en economische eigenaren*

Voorts worden in de wetgeschiedenis als economische gerechtigden die aangesproken kunnen worden vanwege ongerechtvaardigde verrijking nog genoemd bedrijfsmatige huurders, kredietbanken en verzekeringsmaatschappijen.<sup>102</sup> Per geval zal bekeken moeten worden of verhaal door de overheid op de economische eigenaar/gerechtigde of bevoordeelde op grond van ongerechtvaardigde verrijking mogelijk is.

Hier wordt nog gewezen op de sale and lease back constructie, waarbij de onroerende zaak eerst wordt verkocht met gelijktijdige verhuur (lease) aan de verkoper. De juridisch eigenaar kan dan wél worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking en tot hem kan op grond van art. 55b Wbb als eigenaar een bodemsaneringsbeschikking worden gericht (zie hoofdstuk 3). De verhuurder/nieuwe eigenaar is in werkelijkheid de financier (meestal een bank) en is voorheen geen eigenaar geweest van de desbetreffende grond. Na de sale and lease back

---

99 Zie p. 6 van de Notitie.

100 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 21, p. 34.

101 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 58.

102 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1992-1993, 21556, nr. 21, p. 32.

transactie is hij weliswaar eigenaar/verhuurder maar niet de daadwerkelijke ondernemer, of in milieurechtelijke terminologie, niet de daadwerkelijke ‘drijver’ van de inrichting gevestigd op de grond. De eigendom (of erfpacht) brengt voor de verhuurder/juridisch eigenaar extra risico’s met zich mee. De huurder heeft anderszits dit probleem niet. Hij was immers voorheen eigenaar van de grond en loopt dus geen extra risico’s in vergelijking met de situatie van vóór de sale and lease back. Wél kan hij misschien als economisch eigenaar worden beschouwd.<sup>103</sup> De nieuwe eigenaar/verhuurder/financier zal derhalve zekerheden van de huurder/verkoper dienaangaande kunnen verlangen. Het feit dat hij als financier/eigenaar de onroerende zaak misschien voor een lagere prijs heeft gekocht zodat hij die met winst kan verkopen indien de huurder zijn verplichtingen uit de huurovereenkomst niet nakomt, is niet altijd een voordeel als de grond vervuild blijkt te zijn. De waarde van de vervuilde grond kan dan lager of zelfs nihil zijn. Daarom zal de koper als investeerder (bank) meestal alleen een sale en lease back constructie aangaan indien hij er zeker van is dat er géén sprake is van bodemverontreiniging, of indien hij financiële zekerheid van de huurder of van een derde partij verkrijgt (bijvoorbeeld van de moedermaatschappij van de huurder). Indien de bank als verhuurder/eigenaar een bepaalde mate van toezicht gaat houden over de activiteiten uitgevoerd door de huurder, kan hij overigens wél als drijver in de zin van de Wm worden aangeduid, met alle gevolgen van dien, bijvoorbeeld worden aangesproken als ‘overtreder’. Hij oefent dan immers zeggenschap uit over de door de huurder gedreven inrichting in de zin van de Wm (zie hoofdstuk 2).

Van belang voor de situatie waarin sprake is van economische eigendom is de uitspraak van de Hoge Raad inzake Staat/Geveke uit 2002.<sup>104</sup> Daarin bevestigde de Hoge Raad dat art. 75 lid 3 Wbb ook ziet op anderen dan hen die de onroerende zaak in (juridische) eigendom hebben verkregen of daarvan gebruiker of beperkt gerechtigde zijn. Daarbij moet worden nagegaan hoe de belangen tussen de juridische en economische eigenaar zijn verdeeld. Het probleem is dat de term economische eigendom juridisch gezien geen vaststaande term in het Nederlandse recht is. Deze term wordt wel regelmatig gehanteerd in de rechtspraak, maar is niet door een vast wettelijk kader omlijnd. Wél stelde de Hoge Raad in deze zaak vast dat er in het algemeen van uit mag worden gegaan dat de rechtsverhouding tussen de juridische eigenaar en de belanghebbende op grond waarvan de economische eigendom is overgedragen, meebrengt dat het belang van de zaak de belanghebbende (de economisch eigenaar) volledig aangaat.<sup>105</sup> Bij dit ‘volledig aangaan van het belang van de zaak’ kan worden gedacht aan een obligatoire (ver-

103 Vergelijk L. Bergkamp, R. Hunter en T.T. Smith, ‘Managing environmental liability risks in European business transaction, An Overview of Emerging Liability Schemes and Procedures for Dealing with Environmental Risk in Europe’, *TMA* 1996/4, p. 80.

104 HR 13 september 2002, *NJ* 2003, 400. Zie voor het vervolg van deze uitspraak het Hof Arnhem 9 december 2003, *JM* 2004, 19, m.nt. Bos, waarin o.a. werd bepaald dat de historische koopprijs en de omstandigheden waaronder deze is betaald wel factoren zijn die in ogenschouw kunnen worden genomen in het kader van de redelijkheid van (volledige) toewijzing van de gevorderde schade. Zie over deze uitspraak ook par. 3.4.4.1.

105 Zie r.o. 3.6 van het arrest HR 13 september 2002, *NJ* 2003, 400, m.nt. WMK.



bintenrechtelijke) regeling tussen A en B, waarbij A juridisch eigenaar blijft en de onroerende zaak economisch volledig voor rekening van B komt. Annotator *W.M. Kleijn* merkt in zijn noot onder dit arrest van de Hoge Raad op dat alle economische elementen van de onroerende zaak, zoals waardefluctuaties, het risico, de vruchten, de kosten met betrekking tot de zaak en de mogelijke (gedeeltelijke) opbrengst in geval van verkoop van de onroerende zaak, in dat geval slechts B aangaan of aan B ten goede komen.<sup>106</sup>

### *Consequenties voor de overnamepraktijk*

Wat betekent het voorgaande nu voor de overnamepraktijk? Vastgesteld kan worden dat de groep van vanwege een door de overheid uitgevoerde bodemsanering potentieel ongerechtvaardigd verrijkten omvangrijk is: de eigenaar, erfpachter, gebruiker, hypotheekhouder, projectontwikkelaar, kredietbank en verzekeringsmaatschappij lopen allen het risico om door de overheid te worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking na een door de overheid uitgevoerde bodemsanering. In geval van economische eigendom zal de economische eigenaar wél gerechtigd dienen te zijn tot alle economische elementen met betrekking tot de onroerende zaak. Partijen bij een overname, juridische herstructurering, juridische fusie of (af)splitsing dienen zich te realiseren dat met betrekking tot ongerechtvaardigde verrijking vanwege bodemsanering een (juridische) constructie waarbij de juridische eigendom van een terrein niet in juridische zin wordt overgedragen, niet altijd met zich meebrengt dat dus daarom alle aansprakelijkheden met betrekking tot dat terrein grond blijven rusten bij de juridische eigenaar. Er wordt door de rechter als het ware door de juridische constructie ‘heen gekeken’, waarbij de economische belangen met betrekking tot de (vervuilde) grond van doorslaggevende betekenis (kunnen) zijn ter beantwoording van de vraag wie kan worden aangemerkt als de ongerechtvaardigd verrijkte in de zin van art. 75 lid 3 Wbb. Uiteraard kunnen contractspartijen ook op deze situatie anticiperen door middel van het opnemen van bijvoorbeeld een contractuele vrijwaringsbepaling met betrekking tot mogelijke aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking, verstrekt door de juridische eigenaar ten gunste van de economische eigenaar. Een wettelijke saneringsplicht voortvloeiende uit de art. 29, 37 en 55b Wbb kan, naar de huidige stand van zaken, echter niet op de bedrijfsmatige economisch eigenaar komen te rusten. Daarover zal óf de wetgever zich moeten uitspreken óf de rechter een oordeel moeten vellen in de toekomst (zie daarover tevens par. 3.3.2.3). Wél kan op de economisch eigenaar als veroorzaker een saneringsplicht rusten, dan wel kan hij deze saneringsplicht vrijwillig als melder in de zin van art. 28 Wbb op zich nemen.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Zie de noot van Kleijn onder het arrest HR 13 september 2002, *NJ* 2003, 400.

<sup>107</sup> Vergelijk ABRvS 18 januari 2006, *JM* 2006, 58, m.nt. Van der Molen.

## 7.5 Het recht van erfpacht en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging

Wat de uitvoering van een verplicht bodemonderzoek en bodemsanering betreft, wordt in de Wbb steeds naast de eigenaar van de bodem de erfpachter genoemd als diegene aan wie een onderzoeks- en saneringsbevel kan worden opgelegd.<sup>108</sup> Tevens kan op een professionele erfpachter van een bedrijfsterrein via de art. 29, 37 en 55b Wbb een wettelijke saneringsplicht komen te rusten. Voorts wordt ook in de Beleidsregel uitgebreid stilgestaan bij de erfpachtrelatie.<sup>109</sup> Het is niet heel verrassend dat de erfpachter, als zakelijk gerechtigde op de grond, verplicht kan worden om ten aanzien van het in erfpacht uitgegeven perceel grond bodemonderzoek uit te voeren, dan wel indien noodzakelijk deze bodem te saneren.<sup>110</sup> Op grond van het BW is de erfpachter immers verplicht de gewone en buitengewone lasten en herstellingen aan de onroerende zaak die in erfpacht is uitgegeven te dragen en te verrichten.<sup>111</sup> Daarnaast speelt de omstandigheid mee dat in Nederland soms de lokale overheden (grote gemeenten als Amsterdam) grond binnen hun gemeentegrenzen in erfpacht uitgeven. Verhaal op de gemeente als juridisch eigenaar baat in dat geval de verhaal zoekende overheid niet echt: de (centrale of provinciale) overheid zoekt dan verhaal op de gemeentelijke overheid. In deze paragraaf staat de vraag centraal op welke wijzen de verplichting tot bodemsanering tussen diegene die de grond in erfpacht uitgeeft (de juridische eigenaar van de grond) en de erfpachter kunnen worden vastgelegd en verdeeld. Tevens komen de posities van de ondererf(ver)pachter aan de orde.

### 7.5.1 *De verbintenisrechtelijke verhoudingen tussen de erfpachter en de (bloot) eigenaar*

Het erfpachtrecht is een zakelijk recht waarbij de erfpachter een aan een ander toebehorende onroerende zaak mag houden en gebruiken.<sup>112</sup> Vanwege het zakenrechtelijke karakter van dit recht kan de erfpachter zijn recht tegenover eenieder handhaven. Ondanks het zakenrechtelijke karakter van het erfpachtrecht kunnen ook verbintenisrechtelijke bepalingen een belangrijke rol van betekenis spelen in de

<sup>108</sup> Art. 43 lid 3 sub b en 46 en 63k Wbb.

<sup>109</sup> Zie par. 5.2.2 van de Beleidsregel.

<sup>110</sup> In *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, 'Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting', p. 13, wordt over de nieuwe saneringsplicht van de erfpachter voortvloeiende uit artikel 55b Wbb opgemerkt: "Omdat de erfpachter in een dergelijke situatie de feitelijke beschikkingsmacht over de grond heeft, is ervoor gekozen dat de plicht ook geldt voor de erfpachter. Overigens is hier ook al voor gekozen in de huidige wet in artikel 43, derde lid, waar het gaat om het opleggen van een saneringsbevel. Tijdens de kamerbehandeling is dit ingevoerd in de wet met als argument dat de erfpachter in het economisch verkeer gelijk is te stellen aan de eigenaar. Dit is niet het geval met huurders en pachters. De erfpachter kan ook een beroep doen op de subsidiëring. De uiteindelijke financiële afhandeling (wie betaalt uiteindelijk de saneringskosten?) is uiteraard een zaak tussen de erfpachter en de erfverpachter."

<sup>111</sup> Art. 5:96 BW.

<sup>112</sup> Art. 5:85 e.v. BW.

verhouding tussen de erfpachter en diegene die de grond in erfpacht uitgeeft (de eigenaar). Met name de verbintenisrechtelijke erfpachtvoorwaarden in de akte van vestiging zijn vaak van groot belang. Dit omdat een groot aantal wettelijke bepalingen van het erfpachtrecht van aanvullend recht is, en de eigenaar en de erfpachter daarvan in de erfpachtvoorwaarden kunnen afwijken. Indien een beding in de erfpachtvoorwaarden in strijd is met het erfpachtrecht zoals neergelegd in het BW, geldt dit beding alleen tussen de eigenaar en de erfpachter. Bij vervreemding van het recht van erfpacht of het eigendomsrecht gaat een dergelijk beding niet automatisch over op de verkrijger.<sup>113</sup>

De erfpachter heeft hetzelfde genot van de zaak als de eigenaar. Dat wil zeggen dat hij dezelfde bevoegdheden om de zaak te houden en te gebruiken heeft als de eigenaar.<sup>114</sup> Het gebruiksrecht van de erfpachter strekt zich uit tot de bestanddelen van de grond opgesomd in art. 5:20 BW. Opmerking verdient dat de erfpachter geen eigenaar wordt van hetgeen hij op, in of boven de grond aanbrengt en dat daardoor met de grond is verbonden. Daarvoor zal een opstalrecht moeten worden gevestigd op de gebouwen, zie daarover paragraaf 7.7. De erfpachter kan zijn recht op de zaak wel aan een ander overdragen<sup>115</sup> of toebedelen,<sup>116</sup> met een hypotheekrecht bezwaren,<sup>117</sup> splitsen,<sup>118</sup> geheel of gedeeltelijk in ondererfpacht uitgeven<sup>119</sup> dan wel geheel of gedeeltelijk verhuren of verpachten, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald.<sup>120</sup> Wat de civielrechtelijke aansprakelijkheid ten opzichte van derden betreft geldt dat de erfpachter aansprakelijk is indien hetgeen in erfpacht is uitgegeven een gevaar voor personen of zaken oplevert en dit gevaar zich ook verwezenlijkt.<sup>121</sup> Een dergelijk gevaar zal zich in geval van bodemverontreiniging niet zo heel snel voor doen, maar is niet ondenkbaar, waarbij bijvoorbeeld gedacht kan worden aan mensen die ziek worden vanwege ernstige grond(water)verontreiniging. Ook kan bijvoorbeeld de verspreiding van asbest of oppervlaktewaterverontreiniging vanuit hetgeen in erfpacht is uitgegeven een gevaar voor personen opleveren.

113 Zie Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, veertiende druk, 2002, nr. 217.

114 Art. 5:89 BW.

115 Zie voor een geval van overdracht van verontreinigde grond waarop een recht van erfpacht rust en eventuele onrechtmatigheid, hof Den Bosch 8 mei 2007, LJN: BA6809, zaaknr. C0601021: "4.13 Het hof stelt voorop dat op zichzelf het verkopen en overdragen van een recht van erfpacht op een perceel waarin sprake is van bodemverontreiniging niet zonder meer onrechtmatig is jegens latere verkrijgers van dat recht van erfpacht. Daarvoor is vereist dat sprake is van bijkomende bijzondere omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat door de verkoper, in dit geval [appellant], ook jegens de latere verkrijger, [geïntimeerde], onrechtmatig is gehandeld. 4.14 Van dergelijke omstandigheden is naar het oordeel van het hof sprake wanneer vast staat dat de bodemverontreiniging in laag C door [appellant] is veroorzaakt, dat hij wist dat het storten van die laag het risico van bodemverontreiniging meebracht en dat hij daarvan aan zijn koper geen mededeling heeft gedaan."

116 Art. 5:91 lid 1 BW.

117 Art. 3:228 BW.

118 Art. 5:91 lid 2 BW.

119 Art. 5:93 BW.

120 Art. 5:94 BW.

121 Art. 6:174 lid 2 jo. lid 1 BW.

### 7.5.2 Erfpacht en bodemverontreiniging

#### *Verhouding eigenaar/erfverpachter-erfpachter*

De rechtvaardiging voor het opleggen van een saneringsbevel of het wettelijk doen laten rusten van een saneringsplicht op de erfpachter in plaats van de eigenaar berust op de omstandigheid dat de erfpachter het genot heeft van de bodem en hij als gebruiker van die grond in staat is een bodemsanering uit te voeren.<sup>122</sup> Het voldoen aan een (water)bodemsaneringsbevel (art. 46 Wbb en art. 63k Wbb) of aan een uit de wet voortvloeiende saneringsplicht (art. 55b Wbb) door de erfpachter wordt gezien als een buitengewone last die op de zaak drukt en die door de erfpachter moeten worden verricht.<sup>123</sup> Van de laatste verplichting (het moeten voldoen aan een buitengewone last) kan echter worden afgeweken in de akte van vestiging.<sup>124</sup> Dit is uiteraard een belangrijke bepaling: de eigenaar en de erfpachter kunnen onderling contractueel overeenkomen dat een bevel of wettelijke plicht tot bodemsanering niet wordt aangemerkt als een buitengewone last die op de erfpachter rust, en op die wijze de kosten ten aanzien van de bodemsanering ten laste van de eigenaar (diegene die de grond in erfpacht uitgeeft) laten komen. Het bevoegd gezag hoeft zich uiteraard niets aan te trekken van deze onderlinge contractuele verhoudingen. Het bevoegd gezag kan gewoon de desbetreffende erfpachter aanspreken tot bodemsanering.

Interessant is voorts de vraag of de erfpachter ná het einde van de erfpachtperiode wellicht (een deel van) de door hem gemaakte saneringskosten kan verhalen op de eigenaar. Dat lijkt met name redelijk indien de erfpachter het erfpachtrecht van de grond heeft verkregen op een moment dat deze al was vervuild, of indien de eigenaar op de hoogte was van de vervuilende activiteiten van de erfpachter en daardoor bijvoorbeeld een hogere canon (geldsom) heeft kunnen bedingen. Indien de grond reeds was vervuild, kan de sanerende erfpachter mijns inziens stellen dat de eigenaar door de sanering ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de erfpachter (art. 6:212 BW), dan wel dat de eigenaar wanprestatie pleegde of onrechtmatig handelde jegens de erfpachter door, zonder enige vermelding dienaangaande, vervuilde grond aan hem in erfpacht uit te geven. Dit laatste klemmt te meer indien de eigenaar een gemeente is. De gemeente laat in dat geval de reeds vervuilde grond saneren door de erfpachter/niet-veroorzaker, terwijl zij zelf eigenaar is van de grond. De erfpachter zou aan het einde van de erfpachtperiode na uitvoering van de bodemsanering wellicht een hogere vergoeding ten aanzien van de

122 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 47 en het preadvies van W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', p. 132-133, in: A.A. van Velten, G.M.F. Snijders, Mr. W.G. Huijgen en H.W. Heyman, *Erfpacht*, Preadvies uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te Nijmegen op 22 september 1995, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V., 1995.

123 Zie art. 96 lid 2 BW, Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, veertiende druk, 2002, p. 260 (nr. 234) en *Parlementaire Geschiedenis* Boek 5 (Invoering boek 3, 5 en 6), 1990, p. 1077-1078.

124 Art. 5:96 lid 3 BW.

nog op de desbetreffende grond aanwezige gebouwen en werken van de eigenaar kunnen bedingen, gezien de verbeterde staat van de bodem waarop zij zijn gevestigd.<sup>125</sup> De commerciële waarde van de gebouwen en werken is in dat geval misschien hoger dan de oorspronkelijk door de erfpachter betaalde koopprijs of de bouwkosten van de erfpachter, zodat de erfpachter zijn saneringskosten via die weg (gedeeltelijk) vergoed kan krijgen van de eigenaar.

Niet alleen de sanerende erfpachter kan wellicht tegen de eigenaar een actie op grond van ongerechtvaardigde verrijking instellen, ook de sanerende overheid kan een eigenaar die de grond in erfpacht heeft uitgegeven onder omstandigheden aanspreken. De eigenaar heeft namelijk vanwege de erfpachtrelatie een duurzame rechtsbetrekking met de veroorzakende erfpachter. Indien de verrijkte eigenaar/erfverpachter wist of had kunnen weten dat er sprake was van bodemverontreinigende handelingen is het ingevolge de Beleidsregel mogelijk de eigenaar/erfverpachter op grond van ongerechtvaardigde verrijking aan te spreken. Daarbij wordt aangenomen dat de diegene die de grond in erfpacht heeft uitgegeven vanaf 1 januari 1975 wist of had behoren te weten dat bepaalde activiteiten van de erfpachter tot ernstige bodemverontreiniging zouden kunnen leiden, zodat afroeping redelijk is. Wanneer de eigenaar/erfverpachter niet van de bodemvervuilende activiteit op de hoogte was of had kunnen zijn,<sup>126</sup> dient te worden bekeken of de erfverpachter herstel in oude toestand van de erfpachter (dus: bodemsanering) had kunnen vorderen. Indien er sprake is van een nog zittende erfpachter wordt dit laatste volgens de Beleidsregel zonder meer aangenomen.<sup>127</sup>

*Ongerechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder, ondererfpachter, pachter of huurder*

Zoals hiervoor is vermeld kan ook de gebruiker, de economisch bevoordeelde of de economisch eigenaar na bodemonderzoek en bodemsanering uitgevoerd door de overheid worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Aangezien de erfpachter zijn recht op de zaak kan verhypothekeken, (gedeeltelijk) in ondererfpacht<sup>128</sup> kan uitgeven of (gedeeltelijk) kan verpachten of verhuren, speelt deze problematiek ook in het geval er sprake is van een erfpachtrecht.

Indien na vestiging van het hypotheekrecht de grond waarop een recht van erfpacht rust wordt gesaneerd met als gevolg een waardeinstijging van de grond en de daarop aanwezige verhypothekeerde onroerende zaak, en het erfpachtrecht vervolgens executoriaal wordt verkocht door de hypotheekhouder, zou – mede gezien diens positie ten opzichte van het vermogen van zijn schuldenaar/erfpachter – de

<sup>125</sup> Art. 5:99 BW.

<sup>126</sup> De Beleidsregel stelt dat dit bijvoorbeeld het geval is wanneer eerst tijdens het bodemonderzoek blijkt dat door een niet in de erfpachtvoorwaarden of hinderwetvergunning vermelde activiteit bodemverontreiniging is ontstaan, zie par. 5.2.2 van de Beleidsregel.

<sup>127</sup> Zie in deze zin ook de Beleidsregel, par. 5.2.2.

<sup>128</sup> Art. 5:93 BW.

hypotheekhouder, naast wellicht de verrijkte eigenaar, door de sanerende overheid kunnen worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. In zeer uitzonderlijke gevallen zou misschien ook een pachter of huurder van de gesaneerde grond, als gebruiker door de overheid kunnen worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Dat daarvan niet snel sprake zou kunnen zijn, is al door mij betoogd in par. 3.4.2.

Ten slotte kan ook de ondererfpachter op grond van ongerechtvaardigde verrijking worden aangesproken. Ondererfpacht komt bijvoorbeeld voor in het geval een gemeente grond in erfpacht uitgeeft aan een projectontwikkelaar, en de projectontwikkelaar de grond wil verkavelen en bebouwen. Voorts is het niet ondenkbaar dat in het kader van de verkoop van een onderneming via een activa/passivatransactie een gedeelte van de onderneming (een bedrijfsterrein) door de verkoper als erfpachter in ondererfpacht aan de koper wordt uitgegeven. In de verhouding tussen de erfpachter en de ondererfpachter wordt de erfpachter voor de toepasselijkheid van de wettelijke regels ten aanzien van de erfpacht als eigenaar aangemerkt.<sup>129</sup> Ook het recht van ondererfpacht is een zakelijk recht en rust niet op het recht van erfpacht. Indien dit anders zou zijn zou het recht van ondererfpacht aangemerkt moeten worden als een vermogensrecht, en niet als een zakelijk recht.<sup>130</sup> De term ondererfpacht is wetsystematisch gezien dan ook enigszins verwarrend maar sluit wel aan bij de in de praktijk gebezigde bewoording.<sup>131</sup> Het bepaalde in de wet en de Beleidsregel ten aanzien van de erfpachter zal tevens gelden voor de ondererfpachter. Deze systematiek volgende, zouden ook de erfpachter en de ondererfpachter onderling overeen kunnen komen dat een buitengewone last die op de zaak drukt, zoals de plicht tot bodemsanering, ten laste komt van de erfpachter of de eigenaar, en niet ten laste van de ondererfpachter.<sup>132</sup>

#### *Verhoudingen tussen opvolgende erfpachters met betrekking tot aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*

In geval van een activa/passivatransactie, juridische fusie of (af)splitsing gaat het erfpachtrecht onder bijzondere titel over op de koper van de onderneming<sup>133</sup> respectievelijk onder algemene titel op de verkrijgende rechtspersoon. Voorts kan het in geval van een activa/passivatransactie of een juridische afsplitsing voorkomen dat het recht van erfpacht bij de verkoper of de afsplitsende rechtspersoon blijft, en de verkoper of afsplitsende rechtspersoon de grond (gedeeltelijk) in ondererfpacht uitgeeft aan de koper van de onderneming dan wel de verkrijgende rechtspersoon. Daarnaast kan ook het erfpachtrecht op zich worden gesplitst, of kan de onroerende zaak waarop het recht van erfpacht betrekking heeft bijvoor-

129 Art. 5:93 lid 3 BW.

130 Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 5, *Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, 1981, p. 303 en 316.

131 Zie tevens Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, veertiende druk, 2002, p. 254-255 (nr. 227).

132 Art. 5:96 lid 3 BW.

133 Art. 5:93 BW.

beeld (gedeeltelijk) aan de koper van de onderneming of de verkrijgende rechtspersoon worden verhuurd.

Onderzoek naar de in erfpacht over te nemen grond is derhalve van groot belang ten aanzien van de vraag of er een kans bestaat op het verplicht uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering, dan wel voor de afweging van het risico om aangesproken te kunnen worden door de sanerende overheid op grond van onge-rechtvaardigde verrijking. Indien er sprake is van een aandelentransactie wijzigt de rechtspersoon aan wie het erfpachtrecht ten aanzien van de zaak toekomt niet. Wijziging vindt slechts plaats op aandeelhoudersniveau. Indien het erfpachtrecht wordt verkregen ná een juridische fusie of een zuivere juridische splitsing zullen alle rechten en plichten ten aanzien van het erfpachtrecht onder algemene titel over gaan op de verkrijgende rechtsperso(o)n(en), inclusief de verbintenisrechtelijke erfpachtvoorwaarden. In de erfpachtvoorwaarden kan bijvoorbeeld zijn bepaald dat een bevel tot bodemsanering of een uit de wet voortvloeiende saneringsplicht niet wordt aangemerkt als een bijzondere last die ten laste komt van de erfpachter. In geval van een juridische (af)splitsing kan ook het erfpachtrecht worden gesplitst, zodat na de afsplitsing zowel de afsplitsende als de verkrijgende rechtspersoon een gedeelte van het erfpachtrecht voortzet respectievelijk dit verkrijgt. Op deze wijze kan de mogelijke wettelijke plicht tot bodemsanering worden verdeeld over de afsplitsende en de verkrijgende rechtspersoon, dan wel in het geval van een splitsing over de verkrijgende rechtspersonen.

Hoe echter te oordelen ten aanzien van de opvolgende erfpachter – niet onder algemene titel verkrijgend – niet-veroorzaker, die geconfronteerd wordt met in een ver verleden veroorzaakte bodemverontreiniging door een voorgaande erfpachter? Deze kwestie is ook de overheid niet ontgaan, en in de Beleidsregel wordt nader ingegaan op de positie van een dergelijke opvolgende niet-veroorzakende erfpachter. Met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad inzake Staat/Jager<sup>134</sup> wordt in de Beleidsregel gesteld dat het redelijk is om aan te nemen dat vanaf 1 januari 1979 bekend had kunnen zijn dat ernstige bodemverontreiniging tot waardedaling van de grond kan leiden. Indien op de vorige erfpachter een verplichting tot opheffing van de waardevermindering zou hebben gerust, kan worden aangenomen dat die verplichting overgaat op de nieuwe erfpachter, in elk geval indien de vorige erfpachter het desbetreffende terrein ook ná 1 januari 1975 heeft verontreinigd, aldus de Beleidsregel. Diegene die de grond in erfpacht uitgeeft kan van de ná 1 januari 1979 opvolgend erfpachter, niet-veroorzaker, herstel in de oude toestand vorderen. Voorts kan de overheid (1) indien de eigenaar/erfverpachter heeft nagelaten herstel in oude toestand van de erfpachter/niet-veroorzaker te vorderen, (2) de vervuiling is veroorzaakt ná 1 januari 1975 en (3) de nieuwe erfpachter het erfpachtrecht heeft verworven ná 1 januari 1979, afoming van de verrijking van de opvolgende erfpachter of de eigenaar/erfverpachter vorderen.

---

<sup>134</sup> HR 24 mei 1995, *NJ* 1996, 744, m.nt. MB.

Noodzakelijk is dan wel dat de op grond van ongerechtvaardigde verrijking aangesproken eigenaar/erfverpachter wist of behoorde te weten dat de bodem ná 1975 werd verontreinigd.<sup>135</sup> Wanneer echter de bodemverontreiniging vóór 1 januari 1975 heeft plaatsgevonden, en de veroorzakende erfpachter in verband met de waardevermindering niet kon worden aangesproken door de eigenaar/erfverpachter, kan ook geen overgang van een dergelijke verplichting op de nieuwe erfpachter worden aangenomen. De opvolgend erfpachter kan dan niet door de sanerende overheid worden aangesproken vanwege ongerechtvaardigde verrijking. Ook de eigenaar/erfverpachter kan in een dergelijk geval niet worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, omdat hij de nieuwe erfpachter niet kan verplichten de waardevermindering van de grond ongedaan te maken.<sup>136</sup> Van dit beleid van de overheid kan uiteraard door de (civiele) rechter worden afgeweken, maar het geeft wél het standpunt van de verhaal zoekende overheid weer.

Het voorgaande overziend, loopt een overnemende partij in geval van een activa/passiva transactie als opvolgende bedrijfsmatige erfpachter (niet-veroorzaker) het risico aangesproken te worden:

- (1) door de eigenaar die herstel in oude toestand vordert;<sup>137</sup>
- (2) door de sanerende overheid die stelt dat er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van de erfpachter; of
- (3) via de saneringsplicht voortvloeiende uit art. 55b Wbb en art. 63k Wbb.

De opvolgend erfpachter loopt derhalve het risico van verhaal door de sanerende overheid ingevolge de Beleidsregel indien hij het erfpachtrecht heeft verworven ná 1 januari 1979. Ook hier geldt echter dat de Beleidsregel slechts een wetsinterpretierend document is, en de rechter uiteindelijk anders kan beslissen. Opvallend is echter dat de Beleidsregel stelt dat de eigenaar/erfverpachter van de opvolgende erfpachter, niet-veroorzaker, ná 1 januari 1979 herstel in oude toestand kan vorderen, dan wel de opvolgende erfpachter door de overheid kan worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Ik zou menen dat de glijdende schaal, voor professionele partijen lopende tot 1990 (vergelijk de situatie van de ongerechtvaardigd verrijkte, zie par. 3.3 van de Beleidsregel), in dit geval

135 HR 24 mei 1995, *NJ* 1996, 744, m.nt. MB.

136 Zie de Beleidsregel, par. 5.2.2.

137 De mogelijkheid van de eigenaar van de grond om van de erfpachter aan het einde van de erfpachtperiode herstel van de grond in oude toestand (door middel van grondsanering) van de erfpachter verlangt, vloeit immers voort uit de wet (art. 5:96 BW), eventueel aangevuld met bepalingen in de erfpachtovereenkomst/-voorwaarden, en niet uit bijvoorbeeld een vordering uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking. Zie bijvoorbeeld de Rechtbank 's-Gravenhage, 27 oktober 1993, *M&R* 1995/1, nr. 9, p. 17: "Voor zover de Gemeente anderszins schadevergoeding dan wel verwijdering van de verontreiniging vordert, zijn haar vorderingen gebaseerd op een gestelde onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van het bedrijfsterrein en voorts op niet-nakoming door gedaagde van haar verplichtingen uit de erfpachtovereenkomst c.q. uit artikel 770 lid 1 BW (oud) [thans art. 5:96 BW, RM]. Bij laatstbedoelde contractuele grondslag is het relativiteitsvereiste niet aan de orde, terwijl de relativiteit bij onrechtmatigheid bestaande uit inbreuk op het eigendomsrecht uit de aard van die inbreuk voortvloeit en een gegeven is." Daarbij spelen de redelijkheid en billijkheid, bijvoorbeeld ten aanzien van de wijze en vergaandheid van de grondsanering, uiteraard wel een rol van betekenis. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht, 22 september 1993, *BR* 1994, 131.



mede betrekking moet hebben op deze situaties. Mijns inziens moet namelijk worden aangenomen dat de positie van de niet-veroorzakende opvolgende erfpachter ten opzichte van de eigenaar/erfverpachter of de sanerende overheid niet slechter of anders is of mag zijn in vergelijking met de niet-veroorzakende koper/eigenaar. Van belang is dan tevens de professionaliteit van de nieuwe opvolgende erfpachter. Bij vestiging van een erfpachtrecht ná 1990 zal, deze redenering volgende, echter altijd door de opvolgende (professionele) erfpachter een bodemonderzoek moeten worden verricht om zekerheid te krijgen op dit punt.

### 7.5.3 *Erfpacht en oppervlaktewaterverontreiniging; opvolgend erf(ver)pachter*

Met betrekking tot oppervlaktewaterverontreiniging die is ontstaan vanaf de desbetreffende onroerende zaak, ligt de aansprakelijkheidsvraag meer ‘open’ dan in geval van bodemverontreiniging. Art. 5:96 BW heeft immers alleen betrekking op herstellingen ten aanzien van de (onroerende) zaak waarop het recht van erfpacht rust, en niet zozeer op schade veroorzaakt door verontreiniging van oppervlaktewater vanaf de onroerende zaak die in erfpacht is uitgegeven. Dat neemt niet weg dat herstel van de onroerende zaak vaak wel is geboden om (verdere) oppervlaktewaterverontreiniging te voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan een lekkende pijp die moet worden hersteld. Indien er sprake is van diffuse oppervlaktewaterverontreiniging via de (water)bodem en grondwater, moet bodemsanering plaatsvinden. Maar het herstel aan de onroerende zaak staat naast de mogelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door oppervlaktewaterverontreiniging.

Ook hier geldt weer dat de overheid of een schadelijgende derde de erfpachter direct kan aanspreken als overtreder of als onrechtmatige veroorzaker van de oppervlaktewaterverontreiniging. In de verhouding tussen de erfpachter of erfverpachter kan de aansprakelijkheidsvraag onder omstandigheden – met name afhankelijk van de erfpachtvoorwaarden in de akte van vestiging van de erfpacht – anders liggen. Aan welke situaties kan men dan denken? Hieronder volgen een aantal voorbeelden.

- (1) Stel dat de oppervlaktewaterverontreiniging vanaf de onroerende zaak waarop het recht van erfpacht rust is ontstaan door een gebrek (deze term komt uit het huurrecht, hier wordt bedoeld een ‘gebrek’ in meer algemene betekenis) aan de desbetreffende onroerende zaak van vóór het moment van vestiging van het recht van erfpacht van de huidige erfpachter. Het gebrek is bijvoorbeeld in het verleden ontstaan of is veroorzaakt door een vorige erfpachter of door de eigenaar/erfverpachter. Indien de erfpachter en erfverpachter niets hebben afgesproken op dit punt, ontstaat er een (bewijstechnisch) probleem. Ten eerste ten aanzien van het herstel van het gebrek aan de onroerende zaak zélf. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking aan het einde van de erfpachtperiode of onrechtmatige daad door de erfpachter tegen de erfverpachter behoort dan tot de mogelijkheden. Ten tweede is er de (afgeleide) schade veroorzaakt via de verontreiniging van het oppervlaktewater. Daarbij speelt de vraag, ook indien

het gebrek is ontstaan vóór de huidige erfpachtperiode, of de erfpachter door middel van het uitvoeren van tijdige herstelwerkzaamheden<sup>138</sup> deze schade had kunnen voorkomen. Zo ja, dan lijkt mij dat de erfpachter ook jegens derden/de overheid ten aanzien van de schade voortvloeiende uit de oppervlaktewaterverontreiniging aansprakelijk is. Zo niet (de verontreiniging was juist sluipenderwijs al aan de gang op het moment dat de huidige erfpachtperiode een aanvang nam), dan is aansprakelijkstelling van (alleen) de erfpachter mijns inziens onredelijk ten opzichte van de erfpachter te noemen. De erfpachter zou dan tegenover de veroorzakende voorgaande erfpachter of de erfverpachter uit onrechtmatige daad kunnen ageren, dan wel aan het eind van de erfpachtperiode een ongerechtvaardigde verrijkingsactie tegen de eigenaar/erfverpachter kunnen instellen. De erfverpachter kan immers niet alleen ongerechtvaardigd zijn verrijkt vanwege de herstelwerkzaamheden uitgevoerd door de erfpachter, maar ook vanwege het feit dat hij niet door derden of door de overheid aansprakelijk is gesteld voor de gevolgen van de oppervlaktewaterverontreiniging. Indien het recht van erfpacht is overgedragen in het kader van een bedrijfsovername (denk aan een activa/passivatransactie), kan de erfpachter wellicht ook tegen de verkoper (voorgaande erfpachter of eigenaar, thans erfverpachter) ageren op grond van garantie- of vrijwaringsbepalingen in het overnamecontract. Ondanks de omstandigheid dat de erfpachtvoorwaarden mogelijk niets regelen op dit punt, kan de erfpachter zijn kosten dan toch contractueel verhalen op ofwel de voorgaande erfpachter, ofwel de eigenaar/erfverpachter. Denk bij dit laatste geval bijvoorbeeld aan de situatie waarin de onderneming via een activa/passivatransactie is overgedragen maar de grond in eigendom is gebleven van de verkoper van de onderneming, en vervolgens in erfpacht is uitgegeven aan de koper van de onderneming.

- (2) Als tweede mogelijkheid noem ik het geval waarin de oppervlaktewaterverontreiniging is ontstaan vanwege een gebrek aan de onroerende zaak waarop het recht van erfpacht rust, de erfpachtvoorwaarden niets hieromtrent bepalen, en de verontreiniging is veroorzaakt vanwege een gebrek dat is ontstaan tijdens de huidige erfpachtperiode. In dat geval zal de erfpachter verplicht zijn tot herstel van het gebrek en aansprakelijk zijn voor de (afgeleide) schade (de oppervlaktewaterverontreiniging). Wellicht kan de eigenaar/erfverpachter of voorgaande erfpachter jegens de huidige erfpachter aansprakelijk zijn op grond van een onrechtmatige daad indien hij opzettelijk heeft verzwegen dat een bepaald onderdeel van de onroerende zaak (bijvoorbeeld een pijp) zo verzwakt is dat was te verwachten dat daarmee op korte termijn iets fout zou gaan. Ook een beroep op bedrog is in deze situatie denkbaar.<sup>139</sup> Kennis bij de

<sup>138</sup> Daartoe is hij immers op grond van de wet verplicht, zie art. 5:96 lid 1 BW. Indien buitengewone herstellingen nodig zijn (bodemsanering kan waarschijnlijk wel als een buitengewone herstelling worden aangeduid) dan moet de erfpachter de erfverpachter wel in de gelegenheid stellen tot het uitvoeren van die buitengewone herstellingen zodat de erfverpachter, indien hij daar op staat, zelf deze werkzaamheden kan (laten) verrichten. De erfverpachter is echter niet verplicht om tot herstel over te gaan.

<sup>139</sup> Art. 3:44 lid 3 BW.

voorgaande erfpachter of de eigenaar/erfverpachter dienaangaande lijkt echter heel moeilijk bewijsbaar, aangezien het gebrek (de lekkage) zich nog niet had voorgedaan, en de nieuwe erfpachter een onderhoudsplicht heeft ten aanzien van de onroerende zaken waarop het recht van erfpacht rust. Ook hier geldt weer dat in het overnamecontract wél bepalingen kunnen zijn opgenomen waarop de erfpachter als koper mogelijkerwijs een beroep kan doen. Als de verkoper bijvoorbeeld heeft gegarandeerd dat het verkochte<sup>140</sup> zich in een goede staat van onderhoud bevindt, kan de koper/nieuwe erfpachter de verkoper aanspreken tot herstel van de lekkende pijp en wellicht ook voor de gevolgschade daarvan (de oppervlaktewaterverontreiniging). Aangezien voor deze laatste aansprakelijkstelling ook de voorzienbaarheid van het ontstaan van de schade – de oppervlaktewaterverontreiniging en de schade die de overheid of derden daardoor lijden – een belangrijke rol speelt, is het naar mijn mening als koper wel raadzaam om zekerheidshalve in de contractuele garantiebepaling op te nemen dat de verkoper dus ook in staat voor de eventuele gevolgen van mogelijke gebreken aan hetgeen waarop een erfpachtrecht rust.

- (3) De laatste situatie die ik hier wil bespreken, is die waarin de erfpachter en erfverpachter afspraken maken in de erfpachtvoorwaarden die afwijken van de wettelijke regels. In de erfpachtvoorwaarden kan bijvoorbeeld worden afgeweken van het bepaalde in art. 5:96 BW, zie lid 3 van dit artikel. Erfpachter en erfverpachter kunnen in de erfpachtvoorwaarden opnemen dat lasten en herstellingen aan de onroerende zaken die in erfpacht zijn uitgegeven door de eigenaar/erfverpachter worden verricht en voor zijn rekening komen. Met name indien er sprake is van bodemverontreiniging en/of er mogelijk een wettelijk saneringsverplichting (via de art. 29, 37 en 55b Wbb) op de onroerende zaak rust, kunnen partijen via de erfpachtvoorwaarden overeenkomen dat deze last en de saneringskosten door de erfverpachter worden gedragen. Hoe zit het dan met eventuele aansprakelijkheid voor verontreiniging aan oppervlaktewater ontstaan vanaf de desbetreffende onroerende zaak? Deze aansprakelijkstelling is mijns inziens niet als een last of herstelling aan te duiden. Desalniettemin kunnen partijen bij de erfpachtovereenkomst afspraken dienaangaande maken. Bijvoorbeeld dat de kosten vanwege oppervlaktewaterverontreiniging ontstaan vanaf/vanuit de onroerende zaak door een bepaald in de erfpachtvoorwaarden omschreven gebrek ten laste komen van de erfverpachter, mits de erfpachter de onroerende zaken waarop het recht van erfpacht rust normaal (heeft) gebruikt.

---

<sup>140</sup> De onroerende zaak waarop het recht van erfpacht rust wordt niet gekocht, slechts het erfpachtrecht wordt overgedragen (zie ook art. 5:91 BW).

## 7.6 Mogelijk alternatief: huur in plaats van koop

### 7.6.1 *Algemeen: aansprakelijkheid van de huurder of verhuurder voor bodemverontreiniging?*

In verband met de huur van bijvoorbeeld een bedrijfsterrein zijn er vele verschillende situaties denkbaar waarin de verhuurder en de huurder geconfronteerd kunnen worden met bodemverontreiniging. Te denken valt aan de volgende situaties:

- (1) De verhuurder en huurder constateren (oude) bodemverontreiniging welke door geen van beiden is veroorzaakt;
- (2) De bodemverontreiniging is (gedeeltelijk) veroorzaakt door de verhuurder vóórdat hij het desbetreffende bedrijfsterrein verhuurde;
- (3) Zowel de verhuurder als nadien de huurder heeft (gedeeltelijk) de verontreiniging veroorzaakt;
- (4) De huurder heeft de verontreiniging veroorzaakt.

Een mogelijkheid om de verantwoordelijkheid voor ten tijde van een bedrijfs-overname al bestaande bodemverontreiniging ten laste van de verkoper te laten komen, is de verhuur van de voor de onderneming relevante bedrijfsruimten en grond door de verkoper van de onderneming aan de koper. De verhuurde grond hoeft niet tot hetzelfde bedrijfsterrein te horen, maar dient wel functioneel met het tot de in de eigenlijke bedrijfsruimte uitgeoefende bedrijf verbonden te zijn. Deze functionele gebondenheid kan blijken uit de bedoeling van partijen bij aanvang van de huurovereenkomst.<sup>141</sup> Eigendomsoverdracht van het perceel vindt dan niet plaats. Voor de huurder geldt geen wettelijke saneringsplicht via artikel 55b Wbb, en aan de huurder kan geen saneringsbevel worden opgelegd indien hij niet de veroorzaker is van de verontreiniging.

Een verhuurconstructie is mogelijk indien er sprake is van een activa/passiva-transactie. In geval van een juridische afsplitsing is het mogelijk om het desbetreffende perceel niet (onder algemene titel) over te dragen aan de verkrijgende rechtspersoon. De afsplitsende rechtspersoon kan ná de juridische afsplitsing de bedrijfspanden gevestigd op de niet overgedragen percelen verhuren aan de verkrijgende persoon. In geval van een juridische fusie of een aandelenoverdracht is een verhuurconstructie niet direct mogelijk. In het eerste geval gaan alle activa en passiva van de fuserende rechtspersoon onder algemene titel over op de verkrijgende rechtspersoon, en in het tweede geval verandert de rechtspersoon die eigenaar of erfpachter van de grond is niet. Om dan toch de mogelijkheid van verhuur te bewerkstelligen, zal de grond eerst, vóórdat de juridische fusie of de aandelenoverdracht plaatsvindt, in een aparte juridische entiteit (rechtspersoon) moeten

---

<sup>141</sup> Zie M.F.A. Evers, voorheen bewerkt door W.A.P. Smit, *Huurrecht bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer, zevende druk, 2003, p. 21-22.

worden ingebracht, die de grond vervolgens aan de fusierechtspersoon of aan de vennootschap wier aandelen zijn verkocht verhuurt (sale and lease back constructie). Een dergelijke constructie betekent niet dat het bevoegd gezag de rechtsvoorganger (in dit geval de fuserende rechtspersoon of de vennootschap wier aandelen zijn verkocht) nooit kan aanspreken. De rechtsvoorganger kan worden aangesproken als veroorzaker van de bodemverontreiniging (art. 43 lid 3 Wbb), en op hem kunnen op grond van de onrechtmatige daad de saneringskosten door de sanerende overheid worden verhaald (art. 75, leden 1 en 6 Wbb). Daarnaast blijft, indien er een uit de wet voortvloeiende saneringsplicht op de desbetreffende bedrijfsmatige rechtsvoorganger rustte op het moment van overdracht (dit is een belangrijk en beperkend vereiste), de wettelijke saneringsplicht mede op de rechtsvoorganger rusten, totdat de rechtsopvolger naar het oordeel van het bevoegd gezag voldoende financiële zekerheid ten behoeve van de nakoming van de wettelijke saneringsplicht heeft gesteld (zie art. 55b lid 3 Wbb).

Verhuur van de grond kan het door contractspartijen beoogde resultaat – geen aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid voor bodemverontreiniging voor de koper van de onderneming of de verkrijgende rechtspersoon die huurt – ook vanwege een andere omstandigheid niet altijd volledig bewerkstelligen. Zoals hiervoor in par. 3.4.2 al vermeld, kan de huurder van een perceel grond in uitzonderingsgevallen worden aangesproken voor niet door de huurder veroorzaakte bodemverontreiniging op grond van ongerechtvaardigde verrijking (zie art. 75 lid 3 Wbb). In zoverre is de positie van de huurder een wezenlijk andere dan die van bijvoorbeeld de eigenaar, erfpachter, hypotheekhouder of projectontwikkelaar die allen wél aantoonbaar (objectief) ongerechtvaardigd verrijkt kunnen worden ná sanering van de bodem door de overheid: de eigendom wordt meer waard, de erfpachter kan zijn bedrijf voor een hogere waarde verkopen dan wel aan het einde van de erfpachtperiode conform art. 5:99 BW een hogere vergoeding van de diegene die de grond in erfpacht heeft uitgegeven bedingen, de verhypothekeerde zaak kan voor een hoger bedrag door de hypotheekhouder worden uitgewonnen, en een nieuw ontwikkeld project levert een projectontwikkelaar in schone staat meer op dan in vervuilde staat.<sup>142</sup>

Denkbaar is zoals gezegd wel dat de huurder na sanering van de grond meer gebruiksmogelijkheden van het gehuurde heeft in vergelijking met de situatie vóórdat de grondsanering plaatsvond, of dat hij zijn onderneming uitgeoefend in het verhuurde voor een hogere prijs kan verkopen. In die zin kan de huurder wél zijn verrijkt. Het betreft dan echter níet de abstracte schadeberekening – dat wil zeggen: de waarde van de grond na uitvoering van de bodemsanering minus de waarde van de grond voor uitvoering van de bodemsanering – die de overheid hanteert ter beoordeling van de vraag of er sprake is van ongerechtvaardigde verrijking vanwege de uitgevoerde bodemsanering (art. 75 lid 3 Wbb). De sanerende

---

<sup>142</sup> Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 21, p. 32.

overheid kan dan wellicht proberen haar kosten te verhalen via het algemene ongerechtvaardigde verrijkingsart. 6:212 BW. Hoewel de slagingskans van een dergelijke actie van de overheid niet groot zal zijn, is de mogelijkheid van de sanerende overheid om een beroep te doen op een ongerechtvaardigde verrijkingsactie via art. 6:212 BW in voormelde zin niet geheel ondenkbaar.

*Transfer triggering milieuwet: ook toepasselijk in geval van beëindiging van een huurovereenkomst?*

De auteurs *Bergkamp, Hunter* en *Smith* wijzen erop dat nationale wetgeving zou kunnen bepalen dat een huurovereenkomst niet mag worden beëindigd alvorens er – indien de gehuurde grond (ernstig) verontreinigd blijkt te zijn – een bodemsanering heeft plaatsgevonden, waarbij de kosten door de verhuurder of de huurder worden gedragen dan wel overeenkomstig hetgeen dienaangaande is bepaald in de huurovereenkomst.<sup>143</sup> Dit komt eigenlijk neer op een soort van transfer trigger, zoals ook toepasselijk in specifieke milieuwetgeving in bijvoorbeeld de Amerikaanse staten New Jersey (ISRA)<sup>144</sup> en Connecticut (Transfer Act),<sup>145</sup> zie daarover de hoofdstukken 4 en 5.

De transfer trigger heeft dan niet meer alleen betrekking op een civielrechtelijke overdracht of de overdracht van aandelen van de eigenaar van de grond (de vennootschap), maar wordt uitgebreid naar de civielrechtelijke gebeurtenis ‘het beëindigen van een huurovereenkomst’. Deze regel kent het Nederlandse huurrecht thans niet. Wél bestaat in Nederland de regel dat de huurder het gehuurde aan het eind van de huurperiode aan de verhuurder moet opleveren conform de staat waarin deze bij de beschrijving van het gehuurde bij aanvang van de huur is aanvaard door de huurder. De mogelijke saneringsplicht van de huurder vloeit naar Nederlands recht dus voort uit de civielrechtelijke bepalingen uit de huurovereenkomst, naast (uiteraard) de mogelijkheid van het bevoegd gezag om de huurder aan te spreken als veroorzaker en overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften. Een dergelijke transfer trigger ten aanzien van onder ander het beëindigen of de overgang van een huurovereenkomst zou wél in de Nederlandse wet kunnen worden opgenomen, zie daarover hoofdstuk 5.

*De verhuurder als drijver van de inrichting?*

Daarnaast kan in de huurovereenkomst worden opgenomen dat de huurder de geldende milieu(vergunnings)voorschriften naleeft en dat de verhuurder dienaangaande toezicht houdt. Consequentie van een dergelijke bepaling in de huurovereenkomst is dat de verhuurder onder omstandigheden kan worden beschouwd als

---

<sup>143</sup> L. Bergkamp, R. Hunter en T.T. Smith, ‘Managing environmental liability risks in European business transaction, An Overview of Emerging Liability Schemes and Procedures for Dealing with Environmental Risk in Europe’, *TMA* 1996/4, p. 78.

<sup>144</sup> Zie N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8 (ISRA) en par. 4.4.2.2.

<sup>145</sup> Zie Conn. Gen. Stat. Ann. Section. 22a-134 (Transfer Act) en par. 4.5.2.

(mede) drijver van de desbetreffende inrichting in de zin van de Wm. Zie over het begrip drijverschap ten aanzien van de inrichting in de zin van de Wm, de consequenties daarvan en de situatie van verhuur van de inrichting uitgebreid hoofdstuk 2.

#### 7.6.2 *Huur en bodemverontreiniging: beschrijving van het gehuurde*

Indien een koper van een onderneming een (ernstig) vervuild bedrijfsterrein behorende tot de over te nemen onderneming/inrichting niet wenst over te nemen en daarom ná de (activa/passiva) transactie het bedrijfsterrein huurt van de verkoper, is de opleveringsstaat van het gehuurde van groot belang. De opleveringsstaat van het gehuurde is met name van belang voor de verhouding tussen de contracterende partijen. Het bevoegd gezag voert uiteraard haar eigen beleid en is in het algemeen niet gebonden aan contractuele bepalingen tussen de verhuurder en de huurder. In het algemeen, want in het kader van bijvoorbeeld de beoordeling of een verhuurder of juist de huurder als (mede) drijver van de inrichting is te beschouwen, is ook de inhoud van de huurovereenkomst van belang. Zie daarover hoofdstuk 2.

In het thans geldende huurrecht, toepasselijk sinds 1 augustus 2003, is bepaald dat – indien tussen de huurder en de verhuurder een beschrijving van het verhuurde is opgemaakt – de huurder gehouden is het gehuurde in dezelfde staat op te leveren als waarin deze volgens de beschrijving door de huurder is aanvaard. Een uitzondering wordt gemaakt voor geoorloofde veranderingen en toevoegingen en hetgeen door ouderdom is tenietgegaan of beschadigd (zie art. 7:224 lid 2 BW). Het gevaar schuilt echter in de situatie waarin geen goede beschrijving van het gehuurde is gemaakt, of er wél een beschrijving van het gehuurde is gemaakt maar zónder een voorafgaand (kundig) uitgevoerd bodemonderzoek. Indien geen beschrijving van het gehuurde is gemaakt wordt naar nieuw huurrecht, behoudens tegenbewijs, verondersteld dat de huurder het gehuurde in de staat heeft ontvangen zoals deze is bij het einde van de huurovereenkomst.<sup>146</sup> In geval van verhuur van bedrijfsruimten (art. 7:290 e.v. BW) en verhuur van gebouwde onroerende zaken (art. 7:230a BW), kunnen de huurder en verhuurder onderling contractueel een afwijkende regeling overeenkomen in het geval er bij aanvang van de huurovereenkomst geen beschrijving van het gehuurde wordt opgemaakt.<sup>147</sup> Art. 7:224 lid 2 BW is in die gevallen niet van dwingend recht wat betreft het ontbreken van een beschrijving van het gehuurde.

De verhuurder kan ná afloop van de huurperiode worden geconfronteerd met (toegenomen) vervuiling van het verhuurde (de grond). Hij zal dan, wil hij de huurder aansprakelijk kunnen houden voor de opgetreden schade, moeten kunnen aantoon-

<sup>146</sup> Zie art. 7:224 lid 2 (laatste volzin) BW.

<sup>147</sup> *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 82 (Opleveringsprocedure, Inspectie bij aanvang) bij artikel 7:224 BW, bewerkt door J.K. Six-Hummel, bijgewerkt tot 1 mei 2005.

nen dat de huurder deze vervuiling heeft veroorzaakt gedurende de huurperiode. De beschrijving van het gehuurde opgemaakt aan het begin van de huurovereenkomst is voor dit bewijs van groot belang. Daarnaast kan de verhuurder wellicht bewijzen dat de werkzaamheden van de huurder deze specifieke bodemverontreiniging moeten hebben veroorzaakt, hoewel dit moeilijker ligt indien voorgaande huurders dezelfde soort werkzaamheden in het verleden hebben verricht in het gehuurde. Omgekeerd kan de huurder in de problemen raken indien de opleveringsstaat ten onrechte geen melding maakt van de bodemverontreiniging, terwijl deze verontreiniging later wél wordt geconstateerd. De huurder kan dan immers door de verhuurder worden gehouden tot het in dezelfde staat opleveren van het gehuurde waarin deze volgens de beschrijving is aanvaard; dus in schone staat. Het zal voor de huurder dan problematisch kunnen zijn om te bewijzen dat de bodemverontreiniging niet door hem is veroorzaakt. Het kan in dergelijke gevallen – waarin het bewijs van de al dan niet veroorzaking van de bodemverontreiniging (het gebrek) door de huurder tijdens de huurperiode moeilijk is vast te stellen – onredelijk zijn als verhuurder (volledige) sanering van het gehuurde te verlangen. Uitgangspunt is immers, ook onder het nieuwe recht, dat de huurder alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor schade aan het gehuurde ontstaan tijdens de duur van de huurovereenkomst.

Illustratief dienaangaande is een uitspraak van de Hoge Raad van 30 juni 2000 (*Gemeente Nuth/Akkermans*).<sup>148</sup> De gemeente Nuth had in 1977 een bedrijfsterrein verhuurd aan Transportbedrijf Akkermans BV. De Raekt BV heeft in 1990 de aandelen in de vennootschap Transportbedrijf Akkermans BV gekocht. Later stelt De Raekt BV de verkopers, Akkermans c.s., aansprakelijk voor de kosten die Transportbedrijf Akkermans BV nadien heeft gemaakt voor het in schone staat opleveren van voormeld bedrijfsterrein aan de gemeente Nuth. Inzet van de procedure was, naast een in de koopovereenkomst opgenomen garantiebepaling, de aansprakelijkheid van de huurder voor door hem zelf niet veroorzaakte bodemverontreiniging bij de oplevering van het gehuurde perceel grond. Op grond van artikel 8 van de huurovereenkomst was de huurster (Transportbedrijf Akkermans BV) “verplicht bij het einde van de huur het gehuurde in goede staat van onderhoud, ten genoegen van de burgemeester en wethouders, ontruimd op te leveren”. Het hof te Den Bosch oordeelde dat een redelijke uitleg van artikel 8 van de huurovereenkomst niet meebracht dat huurster ook een verplichting op zich had genomen om de niet door haar veroorzaakte bodemverontreiniging te verwijderen. De Hoge Raad vond de uitleg van het hof begrijpelijk en stelde meer algemeen dat “niet alleen in de bewoordingen van deze bepaling maar ook tegen de achtergrond van de wettelijke regeling van de verplichtingen van de huurder, welke regeling immers, [...] niet meebrengt dat een huurder bij oplevering van het gehuurde verplicht is een niet door hem veroorzaakte, reeds bij aanvang van de huur aanwezige bodemverontreiniging te verwijderen.”

Sanering van bodemverontreiniging die reeds bestond ten tijde van de aanvang van de huurovereenkomst en dus niet door de huidige huurder is veroorzaakt, hoort derhalve niet voor rekening van de niet-veroorzakende huurder te komen.

---

148 HR 30 juni 2000, *NJ* 2000, 586, m.nt. PAS.



Overigens dient de huurder op grond van het bepaalde in de huurovereenkomst uitdrukkelijk en ondubbelzinnig aansprakelijk te zijn gesteld voor gebreken.<sup>149</sup> Indien echter de huurder jegens de sanerende overheid onrechtmatig heeft gehandeld, brengt dit volgens het hof Den Bosch tevens een tekortschieten van de huurder in de uitvoering van de huurovereenkomst jegens de verhuurder met zich mee.<sup>150</sup> Dat dit niet de enig mogelijke redenering is, merkt *Bos* in zijn noot bij deze uitspraak op:

“(…) Dit onrechtmatig handelen levert een tekortschieten in de huurovereenkomst op. Dat lijkt mij op zich wel een juist oordeel, zeker als de verhuurder (zoals in dit geval) daardoor schade lijdt. Een andere redenering zou kunnen zijn dat, als de huurder bodemverontreiniging veroorzaakt in het gehuurde, hij daarmee schade veroorzaakt aan de gehuurde zaak. Bovendien voldoet hij dan niet aan zijn verplichting om het gehuurde in een goede staat op te leveren. De huurder is echter niet aansprakelijk voor verontreiniging die aan het begin van de huurovereenkomst reeds bestond (...). De rechtbank Haarlem nam op 22 januari 2002 aan dat de huurder niet alleen een zorgverplichting heeft voor de gehuurde zaak zelf maar ook voor de omgeving daarvan (...). Dat is met name van belang in die gevallen waar de ondergrond geen deel uitmaakt van het gehuurde dan wel de vervuiling zich uitstrekt tot buiten de grenzen van het gehuurde perceel.”<sup>151</sup>

De (nieuwe) huurder kan, ná het ontdekken van niet door hem veroorzaakte bodemverontreiniging, de huurovereenkomst onder omstandigheden ook beëindigen vanwege het feit dat de bodemvervuiling een verborgen gebreken aan het gehuurde is.<sup>152</sup> Een gebrek aan het gehuurde is in het nieuwe huurrecht ruim geformuleerd en is aanwezig op het moment dat de huurder wordt verhinderd of belemmerd het hem krachtens de huurovereenkomst toekomende genot te hebben waarbij de oorzaak van dat gebrek niet aan de (nieuwe) huurder is toe te rekenen.<sup>153</sup> Een gebrek aan het gehuurde is al hetgeen een negatieve invloed heeft op het gehuurde.<sup>154</sup> Het is mogelijk dat bodemverontreiniging in een aantal gevallen als een gebrek aan het gehuurde kan worden aangemerkt. Dit kan het geval zijn indien de geconstateerde bodemverontreiniging de activiteiten van de huurder in het gehuurde beperken (bepaalde activiteiten of handelingen mogen vanwege de ge-

149 *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 85 (Opleveringsprocedure, Overnameverklaring) bij artikel 7:224 BW, bewerkt door J.K. Six-Hummel, bijgewerkt tot 1 mei 2005. De omvang van de schadevergoeding wordt bepaald door de art. 7:218 lid 1 BW jo. 6:95 e.v. BW. Zie *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 87 (Omvang schadevergoeding) bij artikel 7:224 BW, bewerkt door J.K. Six-Hummel, bijgewerkt tot 1 mei 2005.

150 Hof Den Bosch 22 februari 2005, *JM* 2006, 35, m.nt. Bos, r.o. 4.3.4.

151 Hof Den Bosch 22 februari 2005, *JM* 2006, 35, m.nt. Bos (p. 213 – 214).

152 Art. 7:204 lid 2 BW bepaalt: “Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort waarop de overeenkomst betrekking heeft”.

153 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2001-2002, 26 089, nr. 162, p. 11-12. Het gebrek heeft betrekking op de prestatie die de verhuurder gehouden is te verrichten en niet op de zaak zelf. Het gebrek kan dus zowel betrekking hebben op de stoffelijke aard van de zaak als op andere, niet-stoffelijke omstandigheden.

154 G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 77.

constateerde bodemverontreiniging niet meer worden verricht), of vanwege hinderlijke saneringswerkzaamheden die vaak langdurig een normale bedrijfsuitvoering hinderen.

Het art. 7:204 BW met betrekking tot gebreken van het gehuurde is voor de huur van bedrijfsruimte overigens niet van dwingend recht. Huurder en verhuurder kunnen daarvan in de huurovereenkomst afwijken. Daarnaast ziet de term gebrek tevens op gebreken die bij aanvang van de huur zichtbaar of kenbaar zijn voor de huurder en verhuurder, zodat de onderhandelende partijen bij het opstellen van de huurovereenkomst en de staat van oplevering daaromtrent afspraken hebben kunnen maken. Partijen kunnen bijvoorbeeld afspreken dat bodemverontreiniging geen gebrek is in de zin van art. 7:204 BW. Een dergelijke wijze van contracteren is, onder voorwaarden, volgens de parlementaire geschiedenis toegestaan. Deze voorwaarden zijn dat:

- (1) de verhuurder aan zijn informatieplicht terzake van eventuele gebreken jegens de huurder heeft voldaan;
- (2) er sprake is van bestaande of mogelijke gebreken; en
- (3) de huurprijs om deze reden naar beneden wordt bijgesteld.<sup>155</sup>

Ook mogelijke gebreken kunnen dus bij aanvang van de huurovereenkomst door de contractspartijen als een gebrek aan het gehuurde worden gedefinieerd. Daarbij zal dan wel rekening moeten worden gehouden met de redelijke verwachtingen van de nieuwe huurder ten aanzien van het huurobject.<sup>156</sup> Voorts speelt de onderzoeksplicht van de nieuwe huurder naar het huurobject een rol van betekenis. In de huurovereenkomst kan namelijk het beding worden opgenomen dat de huurder een uitdrukkelijke onderzoeksplicht heeft naar eventuele tekortkomingen van het te huren object.<sup>157</sup> De informatieplicht van de verhuurder over hem onbekende gebreken neemt dan evenredig af: de huurder moet onderzoek verrichten (overeen kan worden gekomen dat de huurder een specialist inschakelt), en de verhuurder is ontheven van zijn inspectieplicht voorafgaande aan de huurperiode. De verhuurder moet uiteraard wel de hem kenbare gebreken en risico's voor toekomstige gebreken aan de huurder mededelen.<sup>158</sup> Daarnaast gelden overigens de algemene regels van het verbintenissenrecht, zoals wanprestatie en onrechtmatige daad, waarop de huurder zich mogelijkerwijze kan beroepen (zie art. 7:205 BW).

Voor huurovereenkomsten afgesloten onder het oude huurrecht, waarop art. 7:224 lid 2 BW op grond van art. 208b OBW (het overgangsrecht) niet toepasselijk is, geldt het volgende. Indien er een beschrijving van het gehuurde object is gemaakt,

---

<sup>155</sup> G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 87.

<sup>156</sup> G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 88.

<sup>157</sup> G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 88 en p. 89.

<sup>158</sup> Zo niet, dan is de verhuurder verplicht tot vergoeding aan de huurder van de door het gebrek aan het gehuurde veroorzaakte schade, zie de art. 7:208 jo. 7:209 BW.

moet de huurder aan het einde van de huurperiode het gehuurde conform die beschrijving terugleveren aan de verhuurder (art. 7A:1598 BW (oud)). Het verschil met het nieuwe huurrecht zit echter in het geval er géén beschrijving van het gehuurde object is opgesteld. Op grond van art. 7A:1599 (oud) wordt verondersteld dat de huurder het gehuurde object dan in goede staat van onderhoud heeft ontvangen. Indien de huurder van mening is dat dit niet het geval is, dient hij te bewijzen dat hij het gehuurde niet in goede staat van onderhoud heeft ontvangen. Bij de bepaling van de goede staat van onderhoud is ook de aan het gehuurde gekoppelde bestemming van belang.<sup>159</sup> Naar nieuw huurrecht heeft de huurder, in het geval er geen beschrijving van het gehuurde is gemaakt, een sterkere positie dan onder het oude huurrecht. De nieuwe wettelijke regeling gaat er immers van uit dat de huurder het gehuurde in de huidige staat heeft ontvangen, en op de verhuurder rust de bewijslast dat dit niet het geval was. Kortom, ten aanzien van oude gevallen van bodemverontreiniging, dat wil zeggen bodemverontreiniging die nog niet bekend was ten tijde van de aanvang van de huurperiode en die is ontstaan voor de aanvang van de huurperiode, is het nieuwe huurrecht gunstiger voor de huurder.

Voor zover het bodemverontreiniging betreft, kan nog het volgende worden opgemerkt. Zowel naar nieuw als naar oud huurrecht geldt dat de huurder de saneringskosten moet dragen indien hij de verontreiniging zelf heeft veroorzaakt, tenzij de verhuurder en huurder contractueel anders zijn overeengekomen. Daarbij is wel de omstandigheid van belang of de verhuurder de veroorzaking van de verontreiniging heeft gedoogd, dat wil zeggen of hij niet heeft ingegrepen ondanks zijn kennis van de verontreinigende activiteiten van de huurder.<sup>160</sup> Daarnaast speelt de saneringsnoodzaak een rol. Deze noodzaak zal niet zo groot zijn indien het de bedoeling is dat er in de toekomst een gelijksoortig gebruik van de grond zal worden gemaakt in verband met het gebruik dat de verontreiniging heeft doen

---

159 Zie *Handboek Huurrecht (oud)*, *Huurrecht in het BW*, Artikelsgewijs commentaar (losbladig), artikel 1599, aantekening 6, bewerkt door R.A. Dozy, bijgewerkt tot 1 mei 2001.

160 Pres. Rb. Utrecht 17 oktober 1995, *KG* 1996, 9 (Jachtschietclub). De president bepaalde in de r.o. 4.14 tot en met 4.16 als volgt: “4.14. Dit verweer kan niet in zijn algemeenheid worden aanvaard. Art. 7A:1599 BW heeft inderdaad betrekking op de onderhoudsverplichting van de huurder, maar uit de in dit artikel neergelegde regel mag niet a contrario worden afgeleid dat op een huurder als daar bedoeld niet de verplichting kan rusten tot het ongedaan maken van door hemzelf veroorzaakte verontreinigingen die niet de eigenlijke onderhoudstoestand van het gehuurde betreffen. Of een dergelijke verplichting bestaat, en zo ja, hoe ver zij reikt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals de bekendheid van beide partijen met de schadelijke gevolgen van het overeengekomen gebruik en de mogelijkheden om dat gebruik op minder schadelijke wijze te laten plaatsvinden.

4.15. In het onderhavige geval is er reden tot terughoudendheid bij het aannemen van een saneringsverplichting voor de Jachtschietclub, nu de verhuurders al lange tijd hebben geweten van de gevaren voor het milieu die aan de activiteiten van deze huurster waren verbonden, maar niettemin niet metterdaad tegen de voortzetting van het contractuele gebruik van het terrein zijn opgetreden. Dit feit ontsloeg de Jachtschietclub overigens niet van haar verantwoordelijkheid voor het behoud van het gehuurde in goede staat. 4.16. Een nader onderzoek hiernaar kan in dit kort geding echter achterwege blijven, nu de op dit punt gevraagde voorzieningen (i) ten onrechte uitgaan van de aansprakelijkheid uitsluitend van de Jachtschietclub en (ii) enerzijds te ver reikend en anderzijds te algemeen zijn om in dit stadium te kunnen worden opgelegd. Het is bovendien de vraag of de saneringsmaatregelen waarop die voorzieningen vooruitlopen zo urgent zijn dat thans reeds een gedetailleerd saneringsplan geboden is. De door de provincie gestelde termijn wijst vooralsnog niet in die richting.”

ontstaan.<sup>161</sup> Indien de bodemverontreiniging is veroorzaakt door een gebrek aan het gehuurde (bijvoorbeeld een lekkage van een pijpleiding die onder de huur valt), is art. 7:208 BW dwingendrechtelijk van toepassing.<sup>162</sup> Dat betekent dat indien de verhuurder bekend was, of bekend hoorde te zijn, met de lekkage van de desbetreffende pijpleiding bij het aangaan van de huurovereenkomst, hij verplicht is de schade die dit gebrek veroorzaakt te vergoeden aan de huurder.

### 7.6.3 Opvolgend huurder; indeplaatsstelling

#### De aandelentransactie

Indien alleen de aandelen van de hurende vennootschap worden overgedragen, verandert de persoon van de hurende entiteit niet.<sup>163</sup> Dit is aan de ene kant een voordeel. De koper van de aandelen is ervan verzekerd dat de huurovereenkomst ten aanzien van de bedrijfsruimte(n) die nodig zijn voor de voortzetting van de door de desbetreffende vennootschap gedreven onderneming, wordt voortgezet.<sup>164</sup> De nieuwe aandeelhouder is uiteraard verplicht er zorg voor te dragen dat de hurende vennootschap haar verplichtingen uit de huurovereenkomst blijft nakomen. De hurende vennootschap en de verhuurder blijven gebonden aan de regels vastgelegd in de reeds bestaande huurovereenkomst, en dus ook aan de daarbij behorende bestaande beschrijving van het verhuurde. Het in par. 7.6.2 opgemerkte geldt in deze situatie onverkort. Aan de andere kant kan dit een nadeel zijn. De nieuwe aandeelhouder moet er op bedacht zijn dat de hurende vennootschap de grond heeft vervuild vóór het moment dat hij aandeelhouder werd. In dat geval kan de verhuurder van de hurende vennootschap verlangen dat zij het gehuurde terugbrengt in de staat waarin deze zich bevond volgens de beschrijving van het verhuurde. Is er geen beschrijving van het verhuurde opgesteld, dan is het naar huidig huurrecht aan de verhuurder om aan te tonen dat het verhuurde tijdens de verhuurperiode is vervuild door de huurder. Is de huurovereenkomst nog naar oud huurrecht gesloten en is er geen beschrijving van het verhuurde opgesteld, dan wordt aangenomen dat de huurder het gehuurde aan het begin van de huurperiode in goede staat van onderhoud heeft ontvangen.

<sup>161</sup> Rb. Haarlem 5 september 1995, *WR* 1995, 110.

<sup>162</sup> Art. 7:208 BW: "Onverminderd de gevolgen van niet-nakoming van de verplichting van artikel 206 is de verhuurder tot vergoeding van de door een gebrek veroorzaakte schade verplicht, indien het gebrek na het aangaan van de overeenkomst is ontstaan en aan hem is toe te rekenen, alsmede indien het gebrek bij het aangaan van de overeenkomst aanwezig was en de verhuurder het toen kende of had behoren te kennen, of toen aan de huurder heeft te kennen gegeven dat de zaak het gebrek niet had."

<sup>163</sup> Indeplaatsstelling (art. 7:307 BW) in geval van huur van bedrijfsruimte (art. 2:290 e.v. BW) is bij een aandelenoverdracht dan ook niet nodig. Vergelijk G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 309.

<sup>164</sup> Vergelijk R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Gouda Quint, derde druk, 1999, p. 456.

Een nieuwe aandeelhouder zal zich bewust moeten zijn van het feit dat de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is als huurder, door de verhuurder verantwoordelijk kan worden gehouden – in de zin dat hij het gehuurde in oorspronkelijke staat moet terugbrengen – voor bodemverontreiniging veroorzaakt door de onderneming gedreven door de vennootschap gedurende de periode dat hij nog géén aandeelhouder van die vennootschap was. De huurder kan door de sanerende overheid worden aangesproken als veroorzaker (onrechtmatige daad, art. 75 leden 1 en 6 Wbb) en onder zeer uitzonderlijke omstandigheden als ongerechtvaardigd verrijkte (art. 75 lid 3 Wbb, zie daarover par. 3.4.2 en par. 7.4), dan wel als veroorzaker worden gedwongen tot bodemsanering (art. 43 Wbb). De nieuwe aandeelhouder van de hurende vennootschap doet er verstandig aan een goed bodemonderzoek uit te voeren naar het gehuurde alvorens hij de aandelen van de hurende vennootschap koopt. Daarnaast kan hij een vrijwarings- of garantiebepaling verlangen van de vorige aandeelhouder voor het geval de verhuurder de huurder aanspreekt tot herstel van het gehuurde in de oorspronkelijke staat.

### De activa/passivatransactie

De situatie ligt anders indien er sprake is van een activa/passivatransactie. De huurovereenkomst gaat dan in principe niet automatisch over op de koper van de onderneming. De koper zal de huurovereenkomst vaak wel graag voort willen zetten. De gehuurde objecten zijn immers meestal van groot belang voor de voortzetting (going concern) van de over te nemen onderneming/bedrijf. In geval van de overname van een huurovereenkomst met betrekking tot een bedrijfsruimte<sup>165</sup> zoals omschreven in art. 7:290 e.v. BW spreekt men van een ‘indeplaatsstelling’. Op grond van art. 7:307 BW<sup>166</sup> kan de huurder van bedrijfsruimte in de zin van art. 2:290 BW vorderen dat diegene die zijn bedrijf<sup>167</sup> overneemt als huurder in zijn plaats wordt gesteld.<sup>168</sup> Art. 7:307 BW geldt uiteraard niet voor de huur van andere onroerende zaken die niet onder de definitie van ‘bedrijfsruimte’ in de zin van art. 2:290 BW vallen. Deze restgroep is wat betreft milieuproblematiek overigens wel van groot belang: denk daarbij aan fabrieken, opslagruimten en werk-

165 Onder de definitie van ‘bedrijfsruimte’ vallen bijvoorbeeld een stomerij en een benzinestation. Zie over deze definitie M.F.A. Evers, bewerkt door W.A.P. Smit, *Huurrecht bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer, zevende druk, 2003, p. 44-55. Van belang is dat de ruimte ‘voor het publiek toegankelijk’ moet zijn, zie art. 2:290 lid 2 BW.

166 Van dit artikel kan niet contractueel of met goedkeuring van de rechter (zie art. 7:291 lid 2 BW) worden afgevoerd. Zie G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 306.

167 Van een exacte voortzetting van hetzelfde bedrijf door de nieuwe huurder behoeft overigens geen sprake te zijn. Een duidelijke wijziging van het soort bedrijf is echter niet toegestaan. Zie daarover A.R. de Jonge, *Nieuw huurrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, derde druk, 2004, p. 207. Er dient wel sprake te zijn van daadwerkelijke eigendomsoverdracht, waaronder ook huurkoop is te rekenen. Bij het verpachten of verhuren van het bedrijf of de overdracht van de aandelen aan een andere vennootschap, is er géén sprake van een bedrijfsoverdracht in de zin van artikel 3:307 BW. Zie daarover G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 309.

168 Art. 7:307 lid 1 BW: “Indien overdracht door de aan een derde van het in het gehuurde door de huurder zelf of een ander uitgeoefende bedrijf gewenst wordt, kan de huurder vorderen dat hij gemachtigd wordt om die derde als huurder in zijn plaats te stellen.”

plaatsen (art. 7:230a BW).<sup>169</sup> Er rust op de verhuurder dan geen verplichting om akkoord te gaan met een indeplaatsstelling van een nieuwe huurder. Wél handelt de verhuurder onredelijk indien hij zonder enig belang de indeplaatsstelling of contractsoverdracht van art. 7:230a BW-huurruimte tegen houdt.<sup>170</sup> In andere gevallen zal er dus een nieuwe huurovereenkomst met de koper van de onderneming moeten worden gesloten, indien de verhuurder de indeplaatsstelling tegenhoudt.

In geval van een indeplaatsstelling moet daadwerkelijk sprake zijn van een overdracht van het bedrijf van de huurder, en niet slechts van de overdracht van de rechtspositie van de huurder (denk bij dit laatste aan een overdracht van het bedrijf van de huurder aan een onderhuurder).<sup>171</sup> Indien de verhuurder niet instemt met de indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW kan de rechter worden ingeschakeld. De rechter moet dan oordelen over de vraag of de indeplaatsstelling redelijk is en doorgang moet vinden.<sup>172</sup> Door de indeplaatsstelling neemt de nieuwe huurder (bedrijfsovernemer) alle rechten en plichten van de vorige huurder voortvloeiende uit de huurovereenkomst over.<sup>173</sup> De indeplaatsstelling is overigens een vorm van contractsovername, zodat tevens art. 6:157 BW en art. 6:159 BW toepasselijk zijn.<sup>174</sup>

Eenzijds is de indeplaatsstelling dus een nuttig middel om de verhuurder te dwingen de nieuwe huurder te accepteren. Een bedrijfsovername hoeft daardoor niet 'stuk te lopen' op de onmogelijkheid tot overdracht van een huurovereenkomst. Anderzijds gaan alle rechten en plichten van de oude huurder over op de nieuwe in de plaats getreden huurder. Dat betekent dat de nieuwe huurder ook akkoord gaat met de beschrijving van het gehuurde zoals deze door de verhuurder en de voorgaande huurder is vastgesteld. In geval van bodemverontreiniging van het gehuurde veroorzaakt door de vorige huurder, kan de nieuwe huurder worden aangesproken door de verhuurder tot sanering van de gehuurde grond tot het niveau

---

169 Zie *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 22 (230a-ruimte) bij artikel 7:230a BW, bewerkt door J.Th.M. Palstra, bijgewerkt tot 1 januari 2007: "In beginsel valt derhalve onder de werking van art. 7:230a de huur van onroerende zaken die *niet* zijn: ongebouwd, 233-woonruimte, 290-bedrijfsruimte. Daarnaast kan toepasselijkheid wettelijk zijn uitgesloten (zie aant. 18). Die restgroep, ook wel 230a-ruimte genoemd, is maatschappelijk niet zonder betekenis. Men denke aan: kantoren, fabrieken, banken, pakhuizen, loodsen, opslagruimten, praktijkruimten van beroepsbeoefenaren (zoals: advocaten, notarissen, accountants, artsen, tandartsen, fysiotherapeuten e.d.), garages, werkplaatsen, bioscopen, kerken, magazijnen, reisbureaus, seksclubs, (sport)scholen en sportzalen, dansscholen, hobbyruimten, ziekenhuizen, verenigingsgebouwen en clubhuizen, vervoer- en taxibedrijven (tenzij sprake is van een afhaal- en besteldienst, zie art. 7:290 lid 2 onder a), groot-handel, pensionbedrijven, kamerverhuurbedrijven, automatenhallen, etc. De praktijk laat zien dat het niet altijd eenvoudig is vast te stellen of sprake is van 230a-ruimte dan wel van 290-bedrijfsruimte."

170 R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Gouda Quint, derde druk, 1999, p. 477-478.

171 G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 310.

172 Art. 7:307 lid 2 BW.

173 Asser-Abas, 5-IIA, *Huur, Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 2004, p. 275 (nr. 318).

174 Zie A.R. de Jonge, *Nieuw huurrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, derde druk, 2004, p. 208-209.

als vermeld in de beschrijving van het gehuurde. De huurder zal dan vervolgens op zijn beurt de vorige huurder moeten aanspreken voor de door hem gemaakte saneringskosten, dan wel een contractuele garantie of vrijwaring van de vorige huurder/verkoper van het bedrijf dienaangaande verlangen ten tijde van de bedrijfsovername (in het overnamecontract).

Het lijkt in strijd met de aard van de indeplaatsstelling te zijn, zeker indien deze bij de verhuurder is afgedwongen via de rechter, om de beschrijving van het verhuurde te fixeren op het moment van de indeplaatsstelling. De indeplaatsstelling heeft juist tot doel alle rechten en plichten<sup>175</sup> over te laten gaan op de in de plaats getreden nieuwe huurder. De nieuwe (professionele) huurder weet dan dat hij door de verhuurder aangesproken kan worden tot herstel van de eventuele gebreken aan het gehuurde.

Wellicht kunnen concrete omstandigheden met zich brengen dat de verhuurder de nieuwe huurder niet kan aanspreken tot verwijdering van de bodemverontreiniging. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de verhuurder op de hoogte was van de verontreinigende activiteiten of van specifieke lekkages of calamiteiten gedurende de periode dat de vorige huurder het bedrijfsterrein huurde, en aan de nieuwe huurder niets heeft medegedeeld dienaangaande. Onder die omstandigheden zou de nieuwe huurder zich op dwaling of bedrog door de verhuurder kunnen beroepen.

In normale gevallen zal de nieuwe huurder echter rekening moeten houden met de omstandigheid dat de verhuurder van hem kan verlangen het gehuurde in de staat te brengen zoals omschreven in de omschrijving van het gehuurde. Naast het mogelijkerwijze kunnen aanspreken van de voorgaande huurder op grond van het overnamecontract, kan de nieuwe huurder wellicht eisen dat hij alleen de huurovereenkomst wil overnemen indien er een nieuwe beschrijving van het gehuurde wordt opgesteld gedateerd op het moment dat de bedrijfsovernemer de nieuwe huurder wordt. De overeenkomst wordt dan wel gewijzigd en geïndividualiseerd naar de nieuwe huurder. Uiteraard kunnen de verhuurder en de (nieuwe) huurder afspreken dat de overige bepalingen van de huurovereenkomst gelijkluidend blijven. Er is dan mijns inziens geen sprake meer van een indeplaatsstelling in de zin van artikel 7:307 BW, maar van een nieuwe huurovereenkomst met een nieuw element (een nieuwe beschrijving van het gehuurde) en een nieuwe ingangsdatum. Deze aanpak zal enige complicaties met zich kunnen brengen indien op het moment van bedrijfsoverdracht en het opstellen van de nieuwe beschrijving van het gehuurde blijkt dat het gehuurde verontreinigd is in vergelijking met de eerdere omschrijving van het gehuurde opgesteld tussen de verhuurder en de oude

---

175 P. Abas stelt: "Uit het karakter van deze overneming of indeplaatsstelling vloeit dadelijk voort dat de eerste huurder uit de relatie wegvalt en dat de nieuwe de positie van de eerste overneemt met alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen." Zie Asser-Abas, *Huur, Bijzondere overeenkomsten 5-IIA, Huur*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 2004, p. 275 (nr. 318).

huurder. De verhuurder zal dan van de voorgaande huurder verlangen dat hij de tot het verhuurde behorende grond saneert of dat de nieuwe huurder deze verplichting op zich neemt. De nieuwe huurder zal anderzijds soms pas willen huren, en de bedrijfsoverdracht willen laten plaatsvinden, indien de te huren grond schoon is, althans de verhuurder en de oude huurder hier een oplossing voor hebben gevonden. Indien de nieuwe huurder besluit een nieuwe huurovereenkomst aan te gaan mits de nieuwe beschrijving van het gehuurde deze verontreiniging als 'beginsituatie' aanmerkt, kan de nieuwe huurder uiteraard door de verhuurder niet meer tot sanering van deze verontreiniging worden aangesproken aan het einde van de huurovereenkomst. De verhuurder zal normaliter niet akkoord gaan met een dergelijk nieuw huurcontract, tenzij de oude huurder hem bijvoorbeeld vrijwaart voor de eventuele bodemsaneringskosten.

### **De juridische fusie en (af)splitsing**

Bij deze laatst te bespreken varianten is er sprake van een overgang van het vermogen onder algemene titel.<sup>176</sup> De overgang onder algemene titel bewerkstelligt, zoals eerder vermeld, dat alle overeenkomsten waarbij de te fuseren of (af) te splitsen rechtspersoon partij is, van rechtswege overgaan op een andere (nieuwe) rechtspersoon. Dit betekent dat ook de bestaande huurovereenkomst automatisch mee over gaat op de rechtsopvolgende rechtspersoon. De (nieuwe) rechtspersoon die de huurovereenkomst onder algemene titel heeft verkregen, zal gebonden zijn aan de bestaande inhoud van de huurovereenkomst en de bijbehorende beschrijving van het gehuurde. Indeplaatsstelling conform artikel 7:307 BW hoeft in geval van een juridische fusie of (af)splitsing dan ook niet plaats te vinden. Er is geen sprake van een contractsovername in de zin van art. 6:159 BW. Van een overdracht door de huurder aan een derde van het bedrijf is op zich wel sprake, maar de overdracht vindt onder algemene titel van rechtswege plaats (zie de art. 3:80 lid 2, 2:309 en 2:334a BW). Opzegging door de verhuurder vanwege het enkele feit dat er sprake is van een juridische fusie of (af)splitsing zal dan ook niet mogelijk zijn.<sup>177</sup>

Het voorgaande impliceert dat ook de opvolgende rechtspersoon ná de juridische fusie of (af)splitsing gebonden is aan de oorspronkelijke beschrijving van het gehuurde. Indien de rechtsvoorganger als huurder de grond – in vergelijking met de omschrijving van het gehuurde – heeft vervuild, kan aan het einde van de huurperiode ook de onder algemene titel opvolgende rechtspersoon daarvoor door de verhuurder worden aangesproken. Dit is, gezien de rechtsopvolging onder algemene titel, logisch te noemen, maar kan wel verstrekkende gevolgen hebben voor

---

<sup>176</sup> Art. 3:80 lid 2 BW jo. art. 2:309 BW respectievelijk art. 2:334a lid 2 BW.

<sup>177</sup> Wel kan de verhuurder eventueel verzet aantekenen tegen de juridische fusie of (af)splitsing, indien hij meent dat de fusierechtspersoon of de afgesplitste rechtspersoon minder of niet solvabel zal zijn (art. 2:316 BW en art. 2:334l BW). Verzet lijkt overigens niet erg voor de hand te liggen in dit geval. De huurovereenkomst kan immers in geval van het niet betalen van de huur ook worden beëindigd door de verhuurder.



de onder algemene titel rechtsopvolgende rechtspersoon. Indien er geen beschrijving van het gehuurde is opgesteld, geldt naar nieuw huurrecht dat het gehuurde in dezelfde staat is verhuurd als deze aan het einde van de huur weer is opgeleverd, tenzij de verhuurder kan bewijzen dat dit niet zo is. Deze voordelige bewijspositie van de huurder gaat over op de rechtsopvolger onder algemene titel. Als de huurovereenkomst nog naar oud huurrecht is gesloten geldt het uitgangspunt dat het verhuurde object in schone staat was bij het begin van de huur en rust op de onder algemene titel rechtsopvolgende rechtspersoon de (zware) last om te bewijzen dat het gehuurde al wel (gedeeltelijk) was verontreinigd aan het begin van de huurperiode, te rekenen vanaf het moment dat de rechtsvoorganger ging huren.

#### 7.6.4 *Bodemsanering door de verhuurder*

Indien uiteindelijk blijkt dat de grond waarop het gehuurde zich bevindt inderdaad ernstig is vervuild en gesaneerd moet worden, kunnen er nieuwe (juridische) problemen ontstaan. De huurder kan namelijk vanwege de uit te voeren saneringswerkzaamheden worden gehinderd in de uitvoering van zijn bedrijfsvoering in het gehuurde. Daarbij kan zelfs sprake zijn van een noodzakelijke afbraak van (een gedeelte van) het gehuurde. Ook indien partijen hebben geanticipeerd op de situatie dat de grond moet worden gesaneerd – zij hebben bijvoorbeeld juist daarom gekozen voor verhuur in plaats van verkoop – kan de afbraak van (een gedeelte van) het gehuurde de partijen betrokken bij de huurovereenkomst voor de vraag plaatsen wie verantwoordelijk is voor de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de onderneming. Welke mogelijke juridische oplossingen staan contractspartijen dan ten dienste?

Wellicht is de mogelijke hinder vanwege de uit te voeren saneringswerkzaamheden en/of de gedeeltelijke afbraak van het gehuurde voorzien door de bij de transactie betrokken contractspartijen. In dat geval kunnen partijen in de overnameovereenkomst, met verwijzing naar de tussen partijen gesloten huurovereenkomst, bepalingen omtrent de mogelijke gevolgen daarvan opnemen. Daarbij zijn vele oplossingen denkbaar. Partijen kunnen bijvoorbeeld een schadevergoedingsregeling overeenkomen, de huurprijs verlagen, de mogelijkheid inbouwen dat bij een bepaalde omvang van de werkzaamheden de huurovereenkomst door de huurder kan worden ontbonden, dan wel een clause ten aanzien van de aanpassing van de koopsom of ontbinding van de koopovereenkomst en de huurovereenkomst in de koopovereenkomst opnemen.

Indien de saneringswerkzaamheden omvangrijker zijn dan door contractspartijen ten tijde van het sluiten van het koop- en huurovereenkomst geschat, kan het voorkomen dat partijen niet (contractueel) hebben geanticipeerd op deze ontwikkeling. Zij kunnen dan terugvallen op het ‘gewone’ huur- en contractenrecht, bijvoorbeeld:

- (1) Op grond van art. 7:220 lid 1 BW moet de huurder, indien er gedurende de huurperiode dringende werkzaamheden<sup>178</sup> aan het gehuurde moeten worden uitgevoerd, daartoe gelegenheid geven. Saneringswerkzaamheden met betrekking tot het gehuurde bedrijfsterrein en de gebouwen, kunnen als ‘dringende werkzaamheden aan het gehuurde’ worden beschouwd. De overheid stelt (ook indien er geen sprake is van een beschikking ex art. 29 Wbb jo. art. 37 Wbb of van een saneringsbevel) vaak een bepaalde termijn waarbinnen de grond moet zijn gesaneerd en de saneringswerkzaamheden moeten zijn afgerond.<sup>179</sup> Art. 7:220 lid 1 BW bepaalt vervolgens dat de huurder in geval van dringende werkzaamheden aan het gehuurde (waarvan hij hinder of schade ondervindt) aanspraak kan maken op vermindering van de huurprijs, op ontbinding van de huurovereenkomst en/of op schadevergoeding.<sup>180</sup> Let wel, art. 7:220 lid 1 BW is niet van dwingendrechtelijke aard. Contractspartijen kunnen afwijkende afspraken dienaangaande maken.<sup>181</sup> Bij dit laatste kan mijn inziens worden gedacht aan het geval waarin contractspartijen verhoudingsgewijs een lage koopprijs voor de onderneming zijn overeengekomen, daarbij anticiperend op de mogelijke hinder die de koper van de onderneming als drijver van de onderneming/inrichting en huurder gaat ondervinden vanwege de uit te voeren saneringswerkzaamheden. Daar staat dan tegenover dat de huurder geen of slechts een lage schadevergoeding vanwege de ondervonden hinder ontvangt, dan wel dat de huurprijs niet wordt aangepast (of beter gezegd: niet wordt verlaagd). In het meest vergaande geval kan de huurder de huurovereenkomst ontbinden. Hier komen we op een moeilijk punt. Ontbinding van de huurovereenkomst kan, indien de onderneming in grote mate afhankelijk is van het gehuurde object, bijvoorbeeld vanwege de locatie van het gehuurde object of de daarin aanwezige en daarmee verbonden machines, tevens bedreigend zijn voor de levensvatbaarheid van de onderneming in de toekomst zelf. In dergelijke gevallen zal ontbinding van de huurovereenkomst kunnen leiden tot ontbinding van de oorspronkelijke koopovereenkomst ten aanzien van de overgenomen onderneming, waarover meer onder (2) hierna.
- (2) Indien de hinder of onderbreking van de werkzaamheden van de onderneming grote omvang aanneemt, zal de koper van de onderneming wellicht de koopovereenkomst willen ontbinden. De koper staan in dat geval een aantal wetsoepalingen ter beschikking op grond waarvan hij een mogelijkheid heeft om de koopovereenkomst rechtsgeldig te ontbinden. In geval van ernstige hinder

178 Vergelijk *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 22 (punt 1): de regering merkt op dat onder ‘dringende werkzaamheden’ in de zin van artikel 7:220 lid 1 BW is te verstaan “werkzaamheden die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld”. Uitstel van saneringsmaatregelen kan wel degelijk nadeel met zich meebrengen. Uitstel van de saneringswerkzaamheden kan de vervuiling bijvoorbeeld doen laten toenemen dan wel kan tot problemen leiden met de (lokale) overheid. Immers, de afspraken met de overheid worden dan niet nagekomen.

179 Art. 37 lid 2 Wbb.

180 Vergelijk de art. 7:205 BW, 7:206 BW en 7:208 BW.

181 G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 108.

van de bedrijfsvoering, waardoor bepaalde activiteiten niet of slechts gedeeltelijk kunnen worden uitgevoerd door de onderneming, of gedeeltelijke afbraak van het gehuurde, kan de huurder stellen dat dit een onvoorziene omstandigheid betreft. In geval van een juiste voorstelling van zaken ten tijde van het sluiten van de huur- en koopovereenkomst, zou de koper/huurder kunnen betogen, zou hij deze huur- en koopovereenkomst nooit hebben gesloten.<sup>182</sup> Van belang is dat de omvang van de saneringswerkzaamheden dan dermate onvoorzienbaar moet zijn geweest ten tijde van het sluiten van de koop- en huurovereenkomst, dat de (negatieve) effecten van de saneringswerkzaamheden niet door (een) partij(en) bij de huur- en koopovereenkomst waren verdisconteerd.<sup>183</sup> Dit laatste vereiste kan, indien de verkoper zich verzet tegen de ontbinding van de koopovereenkomst, voor de koper een probleem vormen indien hij een veel lagere koopprijs voor de onderneming heeft betaald in vergelijking met hetgeen voor een vergelijkbare onderneming gebruikelijk is. De rechter zou dan kunnen oordelen dat de desbetreffende hinder ten aanzien van de uitvoering van de bedrijfsvoering wel degelijk door de contractspartijen was verdisconteerd in de koopovereenkomst, en eventueel via de huurovereenkomst: vanwege een lagere huurprijs. De koper/huurder kan daartegenover stellen dat de saneringswerkzaamheden leiden tot een tekortkoming in de nakoming van de verkoper – de verkoop en levering van een onderneming going concern – waardoor hij de koopovereenkomst mag ontbinden.<sup>184</sup> Ook hier spelen de omstandigheden van het geval een rol. In hoeverre is door de partijen rekening gehouden met de effecten van de saneringswerkzaamheden, is betaling van een schadevergoeding niet redelijker, of zijn de gevolgen van de ontbinding van de koop- (en huur)overeenkomst té verstrekkend te noemen ten opzichte van de verkoper en dus onredelijk ten opzichte van de verkoper?

- (3) Tot slot wil ik hier nog noemen de situatie waarin de koper/huurder de huur- en koopovereenkomst vernietigt op grond van dwaling.<sup>185</sup> De koper kan zich op dwaling beroepen indien de verkoper/verhuurder de koper een onjuiste voorstelling van zaken over de uit te voeren toekomstige saneringswerkzaamheden heeft gegeven, dan wel hij de koper dienaangaande (correct) had behoren in te lichten. Ook in geval van wederzijdse dwaling ten aanzien van de omvang van de saneringswerkzaamheden, kan de koper de koop- en huurovereenkomst vernietigen, stellende dat hij de onderneming niet zou hebben gekocht indien hij een juiste voorstelling van zaken zou hebben gehad.<sup>186</sup>

---

182 Art. 6:258 BW.

183 Het gaat er dan om van welke vooronderstellingen de contracterende partijen zijn uitgegaan. Hebben zij in de mogelijkheid van het intreden van de onvoorziene omstandigheid willen voorzien of hebben zij althans deze mogelijkheid stilzwijgend verdisconteerd in hun overeenkomst? Vergelijk de *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 19, 'Omstandigheid is onvoorzien', bij artikel 6:258 BW, bewerkt door W.L. Valk, bijgewerkt tot 1 augustus 1997.

184 Art. 6:265 BW.

185 Art. 6:228 BW.

186 Art. 6:228 lid 2 BW zal niet toepasselijk zijn indien het tijdens het sluiten van de koopovereenkomst bekend was dat er gesaneerd zou moeten worden (maar de precieze omvang nog onduidelijk was). Er is dan namelijk geen sprake van een dwaling die berust op een uitsluitend toekomstige omstandigheid.

### 7.6.5 *Huur en aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater*

In geval van verontreiniging van het oppervlaktewater, speelt een beschrijving van het gehuurde een minder grote rol dan in geval van mogelijke bodemverontreiniging. In geval van bodemverontreiniging is het juist van groot belang voor de onderlinge contractuele aansprakelijkheidsverhoudingen dat de huurder en verhuurder een correcte beschrijving van het gehuurde maken.<sup>187</sup> In geval van oppervlaktewaterverontreiniging kan er wel in andere zin sprake zijn van een gebrek aan het gehuurde.<sup>188</sup> De oppervlaktewaterverontreiniging heeft geen betrekking op het gehuurde object zelf. Het is wel mogelijk dat juist een gebrek aan het gehuurde, een lekkende pijp bijvoorbeeld, de oppervlakteverontreiniging veroorzaakt, zodat de huurder door dit gebrek als veroorzaker van de oppervlaktewaterverontreiniging is aan te duiden. Als dit gebrek is ontstaan ten tijde van de huurperiode, overtreedt de huurder meestal als drijver van de inrichting de voor hem geldende (Wvo-)vergunningsvoorschriften. Als het gebrek op het moment dat de huurperiode een aanvang nam reeds bestond ontstaat er een bijzondere situatie. In het algemeen zal de huurder een dergelijk gebrek aan het gehuurde, indien geconstateerd vóór het sluiten van de huurovereenkomst, niet accepteren en vóór aanvang van de huurperiode reparatie verlangen.

Indien partijen het gevaar van het gebrek echter onderschatten en dit gebrek wél opnemen in de beschrijving van het gehuurde, wie is dan verantwoordelijk in geval van oppervlaktewaterverontreiniging veroorzaakt door de lekkage (het gebrek aan het gehuurde)? Indien de verhuurder niet is aan te merken als drijver van de inrichting, hetgeen het geval is indien hij geen zeggenschap over het gehuurde uitoefende of kon uitoefenen, zal hij ook niet als overtreder – diegene tot wie de desbetreffende milieu(vergunnings)voorschriften zich richten – door het bevoegd gezag kunnen worden aangesproken (zie hoofdstuk 2). De huurder is dan als veroorzaker tegenover het bevoegd gezag of de schadelijgende derde(n) verantwoordelijk, hetzij omdat hij als overtreder de Wvo-(vergunnings)voorschriften niet (correct) heeft nageleefd, hetzij omdat hij vanwege de oppervlaktewaterverontreiniging onrechtmatig heeft gehandeld jegens daardoor schadelijgende derden. De verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid van de huurder jegens de overheid of schadelijgende derden zegt echter nog niets over de onderlinge rechtsverhoudingen tussen de huurder en de verhuurder. Hierna wordt bij deze onderlinge verhoudingen uitgebreider stil staan.

187 In geval van huur van bedrijfsruimte en art. 7:230a BW-huur geldt overigens dat partijen onderling een afwijkende regeling overeen kunnen komen.

188 Art. 7:204 lid 2 BW luidt: “Een gebrek is een staat of eigenschap van de zaak of een andere niet aan de huurder toe te rekenen omstandigheid, waardoor de zaak aan de huurder niet het genot kan verschaffen dat een huurder bij het aangaan van de overeenkomst mag verwachten van een goed onderhouden zaak van de soort als waarop de overeenkomst betrekking heeft.”

Er zijn een aantal situaties denkbaar:

- (1) Als we er van uitgaan dat het gebrek aan het gehuurde reeds bestond ten tijde van de aanvang van de huurperiode, komen dan de gevolgen, in casu de oppervlaktewaterverontreiniging, van dit gebrek ook altijd ten laste van de verhuurder? Als zowel de huurder als de verhuurder op de hoogte was van het gebrek, kan naar mijn mening de volgende redenering worden gevolgd. De onderlinge contractuele verhouding tussen de huurder en de verhuurder wordt beheerst door de inhoud van de huurovereenkomst, de (redelijke) uitleg daarvan en de redelijkheid en billijkheid in het algemeen. Indien de verhuurder ingevolge de huurovereenkomst geen zeggenschap over het verhuurde kon uitoefenen en dat ook feitelijk niet deed, is hij niet aan te merken als drijver van de inrichting. De huurder verricht dan als drijver zelfstandig en zonder toezicht van de verhuurder de activiteiten binnen de onderneming/inrichting. Indien de verhuurder het gebrek niet verhelpt, is hij in het algemeen schadeplichtig jegens de huurder ten aanzien van de schade die daaruit voortvloeit voor de huurder. Die schade heeft in casu niet alleen betrekking op schade aan het gehuurde object zélf, maar ook op schade waarvoor de huurder door derden aansprakelijk wordt gesteld. Echter, als de huurder op de hoogte is van het gebrek – de lekkende pijpleiding – maar toch de (bedrijfs)activiteiten blijft verrichten die uiteindelijk de oppervlaktewaterverontreiniging buiten het gehuurde veroorzaken, kan het mijns inziens onredelijk zijn de verhuurder (volledig) aansprakelijk te houden voor de schade voortvloeiende uit dat gebrek. De huurder verricht immers als drijver van de inrichting de (bedrijfs)activiteiten en is op de hoogte van het gebrek. Hij dient de verhuurder tot reparatie aan te zetten (art. 7:206 lid 1 BW) dan wel zélf het gebrek te repareren en deze reparatiekosten te verhalen op de verhuurder (art. 7:206 lid 3 BW). De voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften richten zich tot de huurder als drijver van de inrichting, en niet tot de verhuurder. Het lijkt onredelijk om in die situaties de verhuurder (volledig) aansprakelijk te stellen, zelfs indien hij het gebrek niet tijdig repareert, en de huurder dat dus zelf moet doen. Van de professionele huurder kan mijns inziens in die situaties redelijkerwijs worden verwacht dat hij als huurder/drijver van de inrichting schadebeperkende maatregelen treft, in casu het herstel van de lekkende pijpleiding. Doet hij dat in gevallen waarin hij wetenschap heeft van het gebrek niet, dan gebruikt hij het gehuurde naar mijn mening niet als een goed huurder (art. 7:213 BW en art. 7:218 lid 1 BW),<sup>189</sup> met als gevolg dat ook hij (gedeeltelijk) de kosten geleden door derden in zijn onderlinge verhouding met de verhuurder moet dragen. Voormeld standpunt gaat uiteraard niet op indien specifieke omstandigheden met zich brengen dat de verhuurder als enige de juiste herstelmaatregelen kon nemen – hij heeft bijvoorbeeld specifieke kennis en kunde dienaangaande – en dat niet aan de huurder had moeten over laten, dan wel in de huurovereen-

---

189 Wat betreft de schadevergoeding zijn ook de art. 6:95 e.v. BW toepasselijk.

komst anders is bepaald. Bij dit laatste kan worden gedacht aan het geval waarbij in de huurovereenkomst is bepaald dat de verhuurder gedurende de huurperiode aan de huurder alle mogelijke schade vergoedt die derden mogelijkervijze zouden kunnen lijden vanwege het bekende gebrek aan het gehuurde. Ook het omgekeerde is mogelijk. Huurder en verhuurder kunnen bij het opstellen van de huurovereenkomst en de staat van oplevering uitdrukkelijk bepalen dat de op dat moment aanwezige gebreken aan het gehuurde juist in hun onderlinge verhouding niet zijn aan te duiden als gebreken. Een lekkende pijp kan op deze manier door contractspartijen als een niet-gebrek worden gedefinieerd.<sup>190</sup> Voor eventuele schade voortvloeiende uit dat gebrek is dan, in de onderlinge contractuele verhouding tussen de verhuurder en de huurder, de huurder aansprakelijk.

- (2) Indien het gebrek aan het gehuurde al wel bestond ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst, en de verhuurder op de hoogte was of op de hoogte had moeten zijn van dat gebrek dan wel het bestaan van dit gebrek aan de huurder niet te kennen heeft gegeven, ontstaat er een andere situatie (zie art. 7:208 BW). De huurder is dan immers niet op de hoogte van het gebrek. In die situaties is de verhuurder verplicht de schade te vergoeden die door dat gebrek is veroorzaakt.<sup>191</sup> In dat geval zal de schade voortvloeiende uit de oppervlaktewaterverontreiniging veroorzaakt door een gebrek aan het gehuurde, bijvoorbeeld een lekkende pijp, voor rekening komen van de verhuurder indien is voldaan aan de vereisten van art. 7:208 BW. De verhuurder heeft dan immers opzettelijk feiten verzwegen. Dit kan weer anders liggen als de verhuurder er van uit mocht gaan dat de huurder het gebrek aan het gehuurde na een door hem uitgevoerd onderzoek naar het gehuurde kende of had behoren te kennen.
- (3) Als beide partijen bij aanvang van de huurovereenkomst onbekend waren met het gebrek, komt het erop aan welke wetenschap beide partijen hadden behoren te hebben, en of de verhuurder aan de huurder te kennen heeft gegeven dat er geen sprake was van gebreken. Indien de verhuurder het gebrek had behoren te kennen dan wel heeft verklaard dat er geen sprake is van gebreken, is hij aansprakelijk jegens de huurder (art. 7:208 BW). Ook de wetenschap van de huurder omtrent eventuele gebreken is in dergelijke situaties van belang. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een sale and lease back situatie, waarbij de huurder voorheen eigenaar was van het gehuurde en dus vaak meer kennis ten aanzien van de staat van het (thans aan hem) verhuurde heeft dan de verhuurder/koper. Of ook niet-kenbare gebreken bij voorbaat kunnen worden aangeduid als niet-gebreken is trouwens onduidelijk. In elk geval kan ten aanzien

<sup>190</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nr. 3, p. 14 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 13 e.v..

<sup>191</sup> Tenzij het kleine herstellingen betreft of de huurder aansprakelijk is voor de gebreken, zie de art. 7:206 lid 2 BW, 7:217 BW en 7:218 BW.

van gebreken, die de huurder na een door hem uitgevoerd onderzoek kende of behoorde te kennen, door partijen worden bepaald dat dit niet-gebreken zijn.<sup>192</sup>

- (4) Tot slot de gebreken die zijn ontstaan ná de start van de huurperiode. Als door de gebrekkige pijp oppervlaktewaterverontreiniging ontstaat, is het de vraag of die schade ook in redelijkheid is toe te rekenen aan de verhuurder.<sup>193</sup> Het is dan de vraag of de lekkage is ontstaan vanwege een tekortschieten van de huurder (art. 7:218 BW). Stel dat de huurder op grond van de huurovereenkomst verplicht is regelmatig inspecties uit te voeren naar de staat van de pijpleidingen behorende tot het gehuurde, en bij geconstateerde gebreken aan een pijpleiding direct de verhuurder op de hoogte moet stellen dan wel zelf tot reparatie moet overgaan en vervolgens eventueel de kosten van reparatie op de verhuurder kan verhalen. Indien hij tekort schiet, is de huurder zélf aansprakelijk voor de daardoor ontstane oppervlaktewaterverontreiniging. De verhuurder kan wel aansprakelijk zijn voor een later ontstaan gebrek als het gebrek naar redelijkheid aan hem is toe te rekenen. In dit laatste geval kan men denken aan een gebrekkige staat van onderhoud van de pijpleiding ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst, waarvan de verhuurder redelijkerwijs op de hoogte had moeten zijn, maar dat niet heeft medegedeeld aan de huurder en ook anderszins daarover geen afspraken zijn gemaakt.

#### *Opvolgende (ver)huurders*

In het kader van een bedrijfsovername kan ook de vraag rijzen hoe opvolgende (ver)huurders te maken kunnen krijgen met oppervlakteverontreiniging ontstaan door een gebrek aan het gehuurde tijdens de voorafgaande (ver)huurperiode. In geval van een rechtsopvolging onder algemene titel bij een juridische fusie of (af)splitsing dan wel in geval van een aandelentransactie, is de situatie weer betrekkelijk eenvoudig. De onder algemene titel opvolgende huurder of verhuurder treedt in alle rechten en plichten van de rechtsvoorganger(s), dus ook wat betreft de bepalingen van de huurovereenkomst, de beschrijving van het gehuurde en de eventuele wetenschap (weten én *behoren* te weten) ten aanzien van (mogelijke) gebreken aan het gehuurde.<sup>194</sup> In geval van een aandelentransactie verandert de rechtspersoon die (ver)huurt niet.

<sup>192</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nr. 3, 'Vaststelling van titel 7.4 (Huur) van het Burgerlijk Wetboek, Memorie van Toelichting', p. 20: "Partijen kunnen met betrekking tot gebreken die na het aangaan van de overeenkomst zijn ontstaan, derhalve overeenkomen dat de huurder zelf de gebreken herstelt of dat de verhuurder niet aansprakelijk is voor zg. gevolgschade." Zie tevens G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, 2003, p. 88-89.

<sup>193</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2001-2002, 26 089, nr. 162, p. 14.

<sup>194</sup> Zie wat betreft de verhuurder, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 30 en *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 12 (overdracht van de zaak) bij artikel 7:226 BW, bewerkt door A.S. Rueb, bijgewerkt tot 1 juni 2003. In geval van een opvolging onder algemene titel geldt artikel 7:226 BW (en de daarin opgenomen beperking in lid 3) dus niet.

Complicaties kunnen zich weer met name voordoen in geval van een opvolging onder bijzondere titel (de activa/passivatransactie). Aangezien oppervlaktewaterverontreiniging veroorzaakt door een gebrek aan het gehuurde grote financiële gevolgen voor de aansprakelijk gestelde kan hebben, zal de opvolgend huurder ófwel een nieuwe huurovereenkomst met een nieuwe beschrijving kunnen aangaan, ófwel contractuele vrijwaringen of garanties van zijn voorgaande huurder kunnen verlangen. Dit laatste zal hij met name verlangen indien er sprake is van een indeplaatsstelling als bedoeld in art. 7:307 BW (huur van bedrijfsruimte). De nieuwe huurder/koper van de activa/passiva treedt dan immers in alle rechten en plichten van de voorgaande huurder/verkoper van de activa/passiva. Als de verhuurder door middel van een activa/passivatransactie een huurcontract van de voorgaande verhuurder/verkoper overneemt dan zal hij er, met betrekking tot eventuele aansprakelijkheid voor wateroppervlakteverontreiniging vanwege een gebrek aan het gehuurde, voor zorg moeten dragen dat hij de voorgaande verhuurder kan aanspreken. Immers, als nieuwe verhuurder is hij bijna altijd gebonden aan het bepaalde in de bestaande huurovereenkomst.<sup>195</sup> Deze automatische gebondenheid<sup>196</sup> van de nieuwe verhuurder aan het bestaande huurcontract geldt voor alle vormen van verhuur, dus ook voor verhuur van bedrijfsruimte en in geval van art. 7:230a BW-verhuur. De koper/nieuwe verhuurder van bijvoorbeeld een fabriekshal zal daarom in het koopcontract met de verkoper/voorgaande verhuurder een contractuele garantie of vrijwaring kunnen bedingen, bepalende dat de verkoper aansprakelijk is voor schade ontstaan vanwege gebreken aan het verhuurde vóór het moment van koop en contractsovername (van de huurovereenkomst) waarvoor de verhuurder aansprakelijk is. Benoeming van de mogelijke gevallen van aansprakelijkheid in het overnamecontract vergroot de duidelijkheid. Dat neemt niet weg dat ook de overgang van het huurcontract op zich weer onderdeel uitmaakt van de totale bedrijfsovername, zodat ook daarom, afhankelijk van de omstandigheden, een onderzoeksplicht kan rusten op de koper/opvolgend verhuurder.

## **7.7 Mogelijk alternatief: vestiging van een opstalrecht in plaats van koop**

### **7.7.1 Algemeen**

Aan diegene met een opstalrecht kan géén saneringsplicht op grond van art. 55b Wbb, art. 46 Wbb en art. 63k Wbb worden opgelegd. Hij is immers geen eigenaar of erfpachter van de grond. In deze paragraaf wordt ingaan op de mogelijkheid

---

<sup>195</sup> Zie art. 7:226 lid 1 en lid 4 BW: “1. Overdracht van de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft en vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op de zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft, door de verhuurder doen de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger. (...) 4. Bij huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan (...) kan niet van de voorgaande leden worden afgeweken.”

<sup>196</sup> Zie wel de nuancering in art. 7:226 lid 3 BW.



om, ingeval van bodemverontreiniging en bodemsanering, de vervuilde grond niet te verkopen maar alleen de zich daarop bevindende gebouwen en werken (opstallen) in eigendom te doen laten overgaan op de koper van de onderneming.

Het recht van opstal vertoont grote gelijkenissen met het recht van erfpacht,<sup>197</sup> en middels de akte van vestiging kunnen aan beide rechten in vergaande mate dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden.<sup>198</sup> In tegenstelling tot het recht van erfpacht, wordt het opstalrecht (nog) niet zo vaak gehanteerd als instrument tot verwezenlijking van plannen op het gebied van volkshuisvesting, vestiging van industrie en andere onderdelen van de ruimtelijke ordening. Toch kan het recht van opstal een zelfstandige functie hebben naast het recht van erfpacht, ook in het kader van een bedrijfsovername.

De opstaller verkrijgt immers een zakelijk recht om in, op of boven een onroerend de zaak van een ander (de grond) gebouwen en werken<sup>199</sup> in eigendom te hebben of te verkrijgen.<sup>200</sup> De opstaller bezit het opstalrecht, maar is slechts houder van de grond waarop de opstallen zijn gevestigd.<sup>201</sup> Het bijzondere is dat het recht van opstal eigendom verschaft van een onroerende zaak op grond die in eigendom is van een ander. Het recht van opstal doorbreekt derhalve de in het Nederlandse recht gangbare verticale natrekkingsregel, welke bepaalt dat de eigendom van de grond ook de eigendom van de gebouwen en werken die duurzaam met die grond zijn verenigd omvat.<sup>202</sup> De opstaller mag aan de opstallen naar eigen inzicht een bestemming geven, terwijl een erfpachter niet zonder toestemming van diegene die de grond in erfpacht heeft uitgegeven een andere bestemming aan de zaken mag geven.<sup>203</sup> De (bloot) eigenaar van de grond waarop de opstallen zich bevinden kan vrijelijk gebruik maken van die grond, maar mag het opstalrecht niet frustreren en de opstaller geen schade berokkenen.<sup>204</sup> De opstaller heeft ingevolge art. 5:103 BW de bevoegdheden die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn. Volgens art. 5:103 BW kan de akte van vestiging betreffende het recht van opstal een nadere regeling geven. Voor de opstaller geldt dat hij verantwoordelijk is voor schade geleden door personen en zaken indien de opstal niet voldoet aan de eisen die men daar aan mag stellen (art. 6:174 lid 1 BW).

197 Zie bijvoorbeeld art. 5:104 BW, in welk artikel enkele artikelen met betrekking tot het recht van erfpacht ten aanzien van het recht van opstal toepasselijk zijn verklaard.

198 Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, veertiende druk, 2002, p. 273 (nr. 247).

199 Bij 'werken' kan gedacht worden aan een machine die op grond van art. 3:4 BW een bestanddeel uitmaakt van de grond, zie de *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 3.8, 'werken', bij artikel 5:101 BW, bewerkt door A.J.H. Pleysier, bijgewerkt tot 1 januari 2007.

200 Zie art. 5:101 lid 1 BW.

201 Zie art. 5:102 BW en de *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 2.10, 'Algemene inleiding', bij titel 8 boek 5 BW (opstal), bewerkt door A.J.H. Pleysier, bijgewerkt tot 1 januari 2007.

202 Zie art. 5:20 onder e BW.

203 Zie art. 5:89 lid 2 BW en Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, veertiende druk, 2002, p. 274 (nr. 247).

204 D. Samkalden en B. van den Berg, *Juridische aspecten van ondergronds bouwen*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 24, 25 jaar Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer, 1997, p. 142.

### 7.7.2 *Recht van opstal, bedrijfsovername en bodemsanering*

Ondanks de omstandigheid dat de opstaller onder specifieke omstandigheden kan worden aangesproken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, kan het zinvol zijn om in geval van een activa/passivatransactie of een juridische afsplitsing een perceel grond niet over te dragen maar juist achter te laten bij de verkoper dan wel de afsplitsende rechtspersoon. Vervolgens kunnen alleen de opstallen, zoals gebouwen, fabriekshallen en andere fabrieksinstallaties, worden overgedragen door middel van het vestigen van een (langdurig) opstalrecht op de voor de onderneming benodigde opstallen aanwezig op het desbetreffende perceel.<sup>205</sup> Indien bodemonderzoek heeft uitgewezen dat de bodem dusdanig is vervuild dat deze moet worden gesaneerd, kan de verkoper van de opstallen als eigenaar van de grond op deze manier de bodemsanering zelf uitvoeren en de kosten dienaangaande in eigen hand houden. Dit laatste kan voor de verkoper van de onderneming van belang zijn om te voorkomen dat de koper – op kosten van de verkoper – meer geld dan strikt noodzakelijk uitgeeft aan de bodemsanering. Na de bodemsanering kunnen de betrokken partijen uiteraard alsnog de eigendomsoverdracht van het bedrijfsterrein bewerkstelligen.

Vergelijkbaar als in geval van verhuur zoals besproken in de vorige paragraaf, kan het recht van opstal door de contracterende partijen tijdens een bedrijfsovername worden gehanteerd om de aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging bij de verkoper van de onderneming te laten rusten. Het verkrijgen van een recht van opstal betekent dat de opstaller eigenaar wordt van de opstallen en dat deze opstallen ook daadwerkelijk aan de overnemende partij kunnen worden verkocht, hetgeen tot uitdrukking komt in de koopovereenkomst en de koopprijs. In geval van verhuur blijven de verhuurde objecten daarentegen in eigendom van de verkoper of (indien de verkoper ook huurder was) van een derde. Verrijking van het recht van huur komt dan niet zozeer terug in de koopsom, maar veeleer in de (nieuwe) huurprijs die de koper na de overdracht van de activa zal gaan betalen aan de verhuurder (verkoper van de onderneming).

Gevaar is, evenals in geval van huur, wél dat de sanerende overheid de door haar gemaakte saneringskosten, indien de eigenaar bijvoorbeeld niet meer solvabel is en niet kon worden aangesproken tot bodemsanering, op grond van ongerechtvaardigde verrijking kan proberen te verhalen op de opstaller. De overheid zal dan eerst de eigenaar van de vervuilde grond proberen aan te spreken (art. 13 Wbb of art. 55b Wbb) om tot sanering over te gaan. Daarnaast moet de verhaal zoekende overheid de ongerechtvaardigde verrijking van de opstaller kunnen aantonen. Indien de opstaller alleen belang heeft bij de opstallen en niets van doen heeft met (de waarde van) de grond daar onder en omheen en daar ook geen financieel

---

<sup>205</sup> Vergelijk J.H.G. van den Broek, W.A. de Haas, F.J.C.M. de Kok en G.J. Niezen, *De Wet bodembescherming in bedrijf. Een praktische handleiding voor ondernemer en adviseur*, Deventer: Kluwer, 1994, p. 125.

belang bij heeft, is verrijking van de opstaller vanwege de grondsanering niet gemakkelijk aantoonbaar. Van verrijking van de opstaller kan dan slechts sprake zijn indien ook de waarde van de opstallen gestegen is vanwege de door de overheid uitgevoerde bodemsanering. Ondenikbaar is dat zeker niet. Grondsanering kan de waarde van de opstallen die daar vlakbij of op staan verhogen.

Het vestigen van een opstalrecht is denkbaar indien reeds ten tijde van de verkoop (nagenoeg) vast staat dat het perceel waarop de onderneming is gevestigd (gedeeltelijk) moet worden gesaneerd. Om de toekomstige bodemsanering goed uit te kunnen voeren, kan in de akte van vestiging van het recht van opstal bijvoorbeeld worden bepaald dat de opstaller geen, of slechts op bepaalde gedeelten van het terrein, nieuwe gebouwen en/of werken mag bouwen dan wel bestaande opstallen niet mag uitbreiden.<sup>206</sup> Dit is met name van belang indien het recht van opstal zich uitstrekt over het gehele bedrijfsterrein. De sanerende eigenaar kan op deze wijze voorkomen dat de saneringswerkzaamheden verder worden bemoeilijkt in vergelijking met de situatie waarin het bedrijfsterrein zich bevindt op het moment van de verkoop van de onderneming en de vestiging van het recht van opstal. Indien een dergelijk voorbehoud niet wordt gemaakt, kan het voorkomen dat de opstaller tussentijds toegangswegen of nieuwe gebouwen op het bedrijfsterrein aanlegt, die de saneringswerkzaamheden kunnen bemoeilijken en extra kosten met zich mee kunnen brengen voor de sanerende eigenaar.

Ten slotte kan de situatie zich voordoen dat vanwege de grondsanering bestaande gebouwen of werken moeten worden afgebroken om de bodemsanering succesvol te kunnen uitvoeren. In dat geval kunnen zich een aantal problemen voordoen. Ten eerste is het de vraag of de opstaller een vergoeding krijgt voor het feit dat een gebouw wordt afgebroken. Op deze kwestie kunnen contractspartijen uiteraard ten tijde van de transactie en de vestiging van het recht van opstal anticiperen. In het overnamecontract kan een clause worden opgenomen bepalende dat in een dergelijk geval de oorspronkelijke koopprijs wordt verlaagd of dat de eigenaar van de grond/verkoper de opstaller een schadevergoeding betaalt. Dit laatste kan ook in de akte tot vestiging van het recht van opstal worden vastgelegd. Indien partijen daaromtrent niets hebben bepaald in de koopovereenkomst en/of de akte van vestiging van het opstalrecht, hetgeen niet waarschijnlijk is indien partijen de bedrijfsovername juist hebben ingekleed via de vestiging van een recht van opstal, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld of de opstaller een recht op vergoeding dienaangaande heeft.

Daarbij zouden onder andere de volgende omstandigheden een rol kunnen spelen: (1) was een afbraak van de opstallen voor contractspartijen ten tijde van de verkoop voorzienbaar, (2) is deze voorzienbaarheid tot uitdrukking gekomen – ver-

---

<sup>206</sup> Zie art. 5:102 BW en de *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 3, 'kunnen in de akte ... worden beperkt', bij art. 5:102 BW, bewerkt door A.J.H. Pleysier, bijgewerkt tot 1 juni 2005.

disconteerd – in de voor de onderneming betaalde koopprijs en (3) is het vervolgens redelijk om gezien de omstandigheden van het geval deze kosten geheel voor rekening van de verkoper van de onderneming/eigenaar van de grond te doen laten komen, of dient er juist een verdeling van de kosten tussen de eigenaar van de grond en de opstaller plaats te vinden?

Ten tweede rijst de vraag omtrent hetgeen er moet gebeuren indien de bodemsanering en eventuele afbraak van gebouwen en werken de werkzaamheden van de onderneming (in ernstige mate) verstoren. Partijen zouden contractueel een ontbindende voorwaarde in de koopovereenkomst kunnen opnemen, bepalende dat in een dergelijk geval de koopovereenkomst wordt ontbonden. Probleem is wel dat een ontbindende voorwaarde in het contract in het kader van een bedrijfsovername meestal een té vergaand middel is. Tussentijds kan de nieuwe eigenaar van de onderneming allerlei contracten hebben afgesloten, waardoor de verkoper in feite een ‘andere’ onderneming terugkrijgt in vergelijking met die welke hij heeft verkocht. Het kan dan onredelijk ten opzichte van de verkoper zijn om de koopovereenkomst te ontbinden. Hetzelfde geldt voor het teniet laten gaan van het recht van opstal. Beter kan een bepaalde schadevergoedingsregeling worden overeengekomen voor het geval het bedrijf (gedeeltelijk) gedurende een bepaalde periode wordt stilgelegd, dan wel hinder ondervindt van de saneringswerkzaamheden. Kortom, indien er tijdens de verkoop van de onderneming en de gelijktijdige vestiging van het recht van opstal onzekerheid bestaat over de omvang van de saneringswerkzaamheden en de gevolgen daarvan voor (bepaalde) opstallen op dit terrein, dient er zorgvuldig te worden gekeken naar de vraag welke partij bij de overeenkomst de gevolgen van deze onzekerheid draagt. In geval van een omvangrijke bedrijfsovername, waarbij de vestiging van het opstalrecht op een bedrijfsterrein slechts een onderdeel is van een veel groter geheel aan over te dragen terreinen en activa, kan het desalniettemin wenselijk zijn de overname toch doorgang te laten vinden. Indien het desbetreffende bedrijfsterrein een belangrijk onderdeel van de bedrijfsovername uitmaakt, kan wellicht worden gewacht met de verkoop en overdracht van de onderneming en/of het desbetreffende bedrijfsterrein tot ná het moment waarop de saneringswerkzaamheden (succesvol) zijn afgerond.

### 7.7.3 *Opstalrecht en oppervlaktewaterverontreiniging*

Het vestigen van een recht van opstal kan als juridische constructie tussen de koper en verkoper uitkomst bieden in geval van bodemverontreiniging. Door middel van de vestiging van het opstalrecht wordt de verticale natrekkingsregel (art. 5:20 BW) doorbroken en verkrijgt de opstaller een apart zakelijk recht ten aanzien van de opstallen. Ten aanzien van mogelijke aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater lijkt deze constructie van minder belang, tenzij er sprake is van diffuse verontreiniging via de historisch verontreinigde grond en grondwater. Wél is er een mogelijke rol voor het opstalrecht weggelegd indien er in de desbetreffende grond pijpleidingen liggen die de koper niet wil overnemen. Op die manier kan de aansprakelijkheid voor de lozingen via die pijpleidingen eventueel bij de eigenaar van de grond/de verkoper blijven rusten. Daarnaast blijft de grond-

eigenaar verantwoordelijk voor het onderhouden van deze pijpleidingen. Dit neemt uiteraard niet weg dat de opstaller als veroorzaker of drijver overtreder van de milieu(vergunnings)voorschriften toch door de overheid of door derden kan worden aangesproken, indien hij via de desbetreffende pijpleidingen op het oppervlaktewater loost. Hij is dan immers als vergunningplichtige drijver van de inrichting en als veroorzaker van de oppervlaktewaterverontreiniging of overtreder van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften aan te duiden. Onderling kunnen partijen uiteraard wél een aansprakelijkheidsverdeling overeenkomen.

Het past hier om kort stil te staan bij art. 5:20 lid 2 BW:

“In afwijking van lid 1 behoort de eigendom van een net, bestaande uit één of meer kabels of leidingen, bestemd voor transport van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van informatie, dat in, op of boven de grond van anderen is of wordt aangelegd, toe aan de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger.”

Op grond van dit wetsartikel kan een pijpleiding waarmee uiteindelijk wordt geloosd op het oppervlaktewater in eigendom blijven van een ander dan de eigenaar van de grond waarin de pijpleiding is gelegen. Deze wetsbepaling heeft uiteraard met name betrekking op netwerkbeheerders, bijvoorbeeld energieleveranciers, olieproducerende en telecombedrijven, maar kan naar mijn mening ook in geval van kleinere netwerken gelegen onder een industrieterrein toepasselijk zijn. De wet spreekt immers over één of meer leidingen bestemd voor de transport van bijvoorbeeld vloeibare stoffen. In geval van toepasselijkheid van dit wetsartikel hoeft geen huur, opstal of erfpachtconstructie meer te worden gehanteerd om de eigendom van de pijpleidingen geen deel uit te laten maken van de verkochte grond.

## **7.8 Bevindingen; voorstellen en suggesties voor de praktijk**

### *7.8.1 Bevindingen*

#### *Milieu due diligence onderzoek; onderzoeks- en mededelingsplichten*

Het milieu due diligence moet zich niet alleen op het probleem ‘bodemverontreiniging’ en de toepasselijkheid van bepaalde vergunningen richten, maar ook op omgevingsfactoren, het toepasselijke bestemmingsplan en de toepasselijkheid en omvang van bepaalde maximum emissienormen. Ook dient nagegaan te worden welke contractuele afspraken er bijvoorbeeld zijn met medegebruikers van bepaalde installaties of de gezamenlijke lozing op het oppervlaktewater. Kortom, het milieu due diligence onderzoek dient zich te richten op een breed scala van onderwerpen, waarbij ook rekening moet worden gehouden met toekomstige verwachtingen van de koper ten aanzien van het te kopen bedrijf (inrichting).

In dit hoofdstuk is tevens kort ingegaan op de reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten met betrekking tot milieuverontreiniging en de koop van een bedrijf of (onroerende) zaken zoals een bedrijfsterrein. Conclusie is dat de vaststelling van de reikwijdte van de onderzoeks- en mededelingsplichten ingewikkeld is en afhankelijk is van allerlei omstandigheden. Deze problemen zouden gedeeltelijk kunnen worden verholpen via de invoering van een zogenaamde transfer triggered milieuwet, waarbij er verplicht bodemonderzoek moet worden verricht, en er desnoods moet worden gesaneerd, op het moment van overdracht (transfer). In de hoofdstukken 4 en 5 is al uitgebreid ingegaan op de in enkele staten in de Verenigde Staten aanwezige transfer triggered milieuwetten. Ook de in 2006 door de Europese Commissie voorgestelde (maar niet ingevoerde) Kaderrichtlijn Bodem stelt de invoering van een verplicht bodemonderzoek op het moment dat bepaalde (industriële) terreinen worden verkocht ('is to be sold') voor. Zie over dit voorstel par. 3.5.1.

#### *Verskillende wijzen van bedrijfsovername*

Vanwege het brede spectrum van onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde zijn gekomen, is er niet één alomvattende oplossing te geven ten aanzien van de vraag hoe contracterende partijen kunnen omgaan met betrekking tot het probleem van '(bodem)verontreiniging' ten tijde van een bedrijfsovername. Een scheidslijn kan worden getrokken tussen enerzijds de overdracht onder bijzondere titel (activa/passivatransactie) en anderzijds de overdracht onder algemene titel (de juridische fusie of (af)splitsing). In geval van een overdracht onder algemene titel gaat de juridische hoedanigheid van de rechtsvoorganger over op de verkrijgende rechtspersoon, tenzij bijzondere omstandigheden anders uitwijzen. In geval van een overdracht onder bijzondere titel wordt de juridische hoedanigheid van de rechtsvoorganger niet automatisch overgenomen. Een geheel andere uitgangspositie wordt ingenomen in het geval van een aandelentransactie. Er vindt dan immers in het geheel geen overdracht van de grond en de onderneming/inrichting plaats.

In geval van een juridische herstructurering dreigt met name gevaar voor de zich verhalende overheid. Indien achteraf blijkt dat vervuilde grond is achtergebleven of is ondergebracht in een vennootschap die niet meer solvabel is, blijft een verhaalsactie meestal zonder resultaat. Wellicht kan de verhaal zoekende overheid in een dergelijke situatie op grond van art. 75 lid 1 jo. lid 6 Wbb de veroorzaker aanspreken of aan de veroorzaker een saneringsbevel opleggen, dan wel de bestuurders van de rechtspersoon aanspreken. Zie wat betreft de mogelijkheid tot verantwoordelijkstelling van bestuurders van rechtspersonen hoofdstuk 8.

#### *Erfpachtrecht*

De erfpachter wordt, wat betreft de verantwoordelijkheid voor het saneren van verontreinigde grond, gelijk gesteld met de grondeigenaar, zie de art. 46, 55b en 63k Wbb. Wat betreft de onderlinge verhoudingen tussen de erfverpachter/eige-

naar en de erfpachter zijn de verbintenisrechtelijke erfpachtvoorwaarden van groot belang. In de erfpachtvoorwaarden kunnen partijen bijvoorbeeld overeenkomen dat – in hun onderlinge verhoudingen – de verplichtingen en kosten voortvloeiende uit de (wettelijke) saneringsplicht niet op de erfpachter, maar op de erfverpachter/eigenaar komen te rusten.

Onder omstandigheden kan een erfpachter na afloop van de erfpachtperiode (een deel van) de door hem gemaakte saneringskosten verhalen op de vanwege de bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte eigenaar/erfverpachter. Een dergelijke ongerechtvaardigde verrijksactie van de erfpachter tegen de eigenaar/erfverpachter lijkt met name mogelijk indien de grond al was vervuild op het moment dat de erfpachter zijn erfpachtrecht verkreeg. Tevens kan de erfverpachter worden verweten wanprestatie te hebben gepleegd of onrechtmatig te hebben gehandeld door vervuilde grond in erfpacht uit te geven.

#### *Beleidsregel: de positie van opvolgend erfpachter*

Ten aanzien van een opvolgend erfpachter stelt de Beleidsregel dat diegene die de grond in erfpacht uitgeeft van de opvolgende erfpachter, niet-veroorzaker, herstel van de oude toestand kan vragen hetgeen kan betekenen dat de opvolgend erfpachter de grond moet saneren. De overheid zou vervolgens de opvolgend erfpachter moeten kunnen aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking, indien de vervuiling door de vorige erfpachter is veroorzaakt en de opvolgende erfpachter de erfpacht heeft verworven ná 1 januari 1979. Let wel, dit betreft weer een beleidsregel. De Beleidsregel bevat slechts de interpretatie van het recht door de beleidsregel stellende overheid. Echter, de Beleidsregel maakt hier wat betreft de gevallen waarin volgens de Beleidsregel de verhaal zoekende overheid een ongerechtvaardigde verrijksactie kan initiëren, geen melding van een glijdende schaal (van 1975 tot 1990) die wel geldt voor overige gevallen van ongerechtvaardigde verrijking. Mijns inziens moet worden aangenomen dat deze zogenaamde glijdende schaal in dergelijke gevallen eveneens moet gelden.

#### *Huurrecht*

Contracterende partijen kunnen overeenkomen een onderdeel van de te verkopen onderneming niet over te dragen, maar door de verkoper te laten verhuren aan de koper van de onderneming. Contractspartijen kunnen in de beschrijving van het gehuurde precies aangeven in welke staat het gehuurde zich bij aanvang van de huur bevindt, en kunnen bepalen dat de huurder het gehuurde aan het einde van de huur in dezelfde staat moet opleveren zoals weergegeven in de beschrijving. Indien er in geval van een activa/passivatransactie krachtens art. 7:307 BW een indeplaatsstelling plaats vindt, zal de opvolgend huurder in alle rechten en plichten van de vorige huurder treden. Er is dan sprake van contractsovername door de opvolgend huurder. Dit betekent dat de in de plaats getreden nieuwe huurder ook gebonden is aan de bestaande beschrijving van het gehuurde, dan wel aan de consequenties verbonden aan het ontbreken van een dergelijke omschrijving.

*Opstalrecht*

In par. 7.7 is ingegaan op het opstalrecht. Het opstalrecht kan worden gebruikt indien de vrees bestaat dat de grond waarop de opstal(len) zijn gevestigd vervuild is en de bodem in de toekomst moet worden gesaneerd. Het opstalrecht biedt partijen de mogelijkheid alleen de opstallen (een fabriek of bedrijfspand bijvoorbeeld) in eigendom over te dragen aan de opstaller, zodat de daar omheen gelegen grond in eigendom blijft van de verkoper. De saneringsverplichting blijft dan rusten bij de verkoper. De sanerende overheid kan de opstaller evenwel aanspreken op grond van ongerechtvaardigde verrijking in het geval de opstal(len) door de bodemsanering in waarde is (zijn) gestegen.

*7.8.2 Voorstellen en suggesties voor de praktijk*

Tot slot volgen hier enige voorstellen en suggesties voor de regelstellende overheid en voor contracterende partijen.

Voorstel ten aanzien van de regelstellende overheid:

- Het beleid ten aanzien van de opvolgend erfpachter in de Beleidsregel<sup>207</sup> dient in zoverre aangepast of verduidelijkt te worden dat de glijdende schaal welke voor de niet-veroorzakende ongerechtvaardigd verrijkte eigenaar wordt gehanteerd, mede toepasselijk is voor die gevallen waarin de opvolgend erfpachter het erfpachtrecht heeft verworven ná 1 januari 1979, en door diegene die de grond in erfpacht heeft uitgegeven of door de overheid wordt aangesproken ten aanzien van verontreiniging veroorzaakt door de voorgaande erfpachter ná 1 januari 1975.

Suggesties voor contracterende partijen ten aanzien van bodemverontreiniging:

- Het strekt tot aanbeveling om in de letter of intent dan wel anderszins schriftelijk de bepaling overeen te komen dat de potentiële koper/overnemer de onderhandelingen altijd, zonder verplichting tot betaling van enige schadevergoeding aan de potentiële verkoper, kan afbreken na geconstateerde (ernstige) (bodem)verontreiniging.
- Ondanks de omstandigheid dat bij een juridische fusie en (af)splitsing het vermogen onder algemene titel over gaat op de verkrijgende rechtspersoon, strekt het tot aanbeveling om in geval van (mogelijke) bodemverontreiniging van de overgedragen grond contractuele garanties en vrijwaringen te verlangen van de eventuele moederverenootschap(pen) van de bij de fusie en splitsing betrokken rechtspersonen, de afsplitsende rechtspersoon dan wel van de bestuurders/aandeelhouders van de gefuseerde of gesplitste rechtspersoon. Hetzelfde geldt indien sprake is van een aandelentransactie.

---

207 Zie ook het arrest van de Hoge Raad inzake De Jager/Staat, HR 24 mei 1995, *NJ* 1996, 744, m.nt. MB.



- In geval van een (onder)erfpachtsrelatie kunnen diegene die de grond in (onder)erfpacht uitgegeven en de (onder)erfpachter in de obligatoire erfpachtvoorwaarden overeen komen dat door de overheid verplicht uit te voeren bodemonderzoek en bodemsanering niet worden aangemerkt als een buitengewone last die de (onder)erfpachter aangaat, en dat de kosten voor bodemonderzoek en bodemsanering ten laste van de eigenaar/diegene die de grond in (onder)erfpacht heeft uitgegeven komen.
- Aangezien ook de huurder als economisch eigenaar door de overheid kan worden aangesproken uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking, is – indien het juist de bedoeling van contracterende partijen is de kosten dienaangaande ten laste te laten komen van de verhuurder – het opstellen van een gedetailleerde en correcte beschrijving van het gehuurde van groot belang. Ook voor de onderlinge verhouding verhuurder-huurder is de beschrijving van het gehuurde van groot belang.
- In geval van een indeplaatsstelling van de oude huurder door een nieuwe huurder – dit zal zich voordoen in geval van een activa/passivatransactie – zal de bestaande beschrijving van het gehuurde ook gaan gelden voor de nieuwe huurder. De nieuwe huurder moet bedacht zijn op de omstandigheid dat de verhuurder aan het einde van de huurovereenkomst oplevering in de oorspronkelijk staat van de (nieuwe) huurder kan verlangen. Dit kan betekenen dat de nieuwe huurder, indien hij niet kan aantonen dat de verontreiniging niet door hem is veroorzaakt, deze bodemverontreiniging ongedaan moet maken. Eenzelfde situatie speelt indien er geen beschrijving van het gehuurde is opgesteld en de huurovereenkomst is opgesteld onder oud huurrecht. Dan wordt immers aangenomen dat het verhuurde in het begin van de huurperiode in goede (schone) staat aan de huurder is overgedragen, mits de huurder anders kan bewijzen.
- Partijen kunnen ten behoeve van de koper van een onderneming een recht van opstal vestigen op de opstallen die de onderneming vormen, zodat de onderen omliggende grond in eigendom blijft van de verkoper van de onderneming. Het vestigen van een recht van opstal is met name een oplossing indien al vast staat dat de grond waarop de opstallen zich bevinden in de toekomst gesaneerd moet worden. Zodoende kan de opstal-constructie de verantwoordelijkheid voor bodemsanering bij de verkopende eigenaar doen laten rusten, waarbij de eigenaar de mogelijkheid heeft in de akte van vestiging van het recht van opstal bepalingen op te nemen die de door hem uit te voeren saneringswerkzaamheden vergemakkelijken. De opstaller loopt wel het risico eventueel aangesproken te worden door de sanerende overheid, indien er vanwege saneringswerkzaamheden uitgevoerd door de overheid sprake is van (ongerechtvaardigde) verrijking bij de opstaller.

## 8 | Verantwoordelijkheid van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van rechtspersonen met betrekking tot voorkoming en herstel van milieuschade

### 8.1 Inleidende opmerkingen; onderwerp van onderzoek

Vaak zal een rechtspersoon, in plaats van een natuurlijk persoon, drijver van een inrichting in de zin van de Wm zijn. De rechtspersoon dient dan de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften na te leven. Eén van de belangrijkste redenen om via een rechtspersoon in het handelsverkeer te opereren is om juist die rechtspersoon – en niet de natuurlijke personen werkzaam binnen en namens die rechtspersoon – als rechtssubject te laten optreden. De risico's verbonden aan dit optreden in het handelsverkeer door de rechtspersoon komen dan logischerwijze in beginsel voor rekening van die rechtspersoon, en niet voor rekening van de natuurlijke personen werkzaam binnen en namens die rechtspersoon.

Het voorgaande betekent echter niet dat de formele of feitelijke bestuurders<sup>1</sup> van de rechtspersoon altijd gevrijwaard blijven van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid voor bepaalde handelingen verricht binnen de inrichting primair gedreven door de rechtspersoon. Dat geldt mede ten aanzien van de mogelijkheden van het bevoegd gezag om de naleving van de voor de rechtspersoon geldende milieu(vergunnings)voorschriften af te dwingen. Niet alleen de rechtspersoon, maar ook haar bestuurders kunnen onder omstandigheden door het bevoegd gezag als normgeadresseerden worden aangesproken tot naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften. Daarbij kunnen zij mogelijk tot betaling van verbeurde dwangsommen, of tot het vergoeden van door het bevoegd gezag gemaakte kosten vanwege het uitoefenen van bestuursdwang, worden aangesproken. Dat is ook niet heel opmerkelijk, aangezien het uiteindelijk de bestuurders van de rechtspersoon zijn die het beleid binnen de rechtspersoon bepalen en de strategische beslissingen nemen, ook ten aanzien van het door de rechtspersoon te voeren milieubeleid.<sup>2</sup> Hetzelfde kan worden gezegd ten aanzien van een moeder-

---

<sup>1</sup> Met een formele bestuurder wordt in dit hoofdstuk bedoeld een statutair bestuurder, dat wil zeggen een bestuurder van de rechtspersoon die als zodanig is ingeschreven in het Handelsregister. Met een feitelijk bestuurder wordt hier diegene aangeduid die feitelijk de leiding heeft over (bepaalde werkzaamheden binnen) de onderneming/inrichting, maar die niet statutair bestuurder van die rechtspersoon is.

<sup>2</sup> A.B. Blomberg merkt in haar noot onder ABRvS 27 maart 2001, AB 2002, 101 (Faillissement Tekla) en ABRvS 27 maart 2001, AB 2002, 102 (Kuppens), p. 470, hierover op: "(...) Dit 'door de rechtspersoon heen prikken' komt in de praktijk vooral voor bij kleine ondernemingen, waarbij de eigenaar/bestuurder van de rechtspersoon tevens feitelijk de leiding binnen de onderneming heeft. Betrokkene kan zich niet verschuilen achter de BV-constructie, hetgeen uit een oogpunt van effectieve handhaving valt toe te juichen. (...)" Aanvullend merk →

maatschappij die als (enig) bestuurder en aandeelhouder van haar dochtervennootschap het beleid binnen die dochtervennootschap bepaalt.<sup>3</sup> Daarnaast kan de vraag rijzen of ook een (enig of groot) aandeelhouder – niet bestuurder van de vennootschap – kan worden aangesproken tot naleving van de voor de vennootschap geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

Verantwoordelijkheid van bestuurders en/of aandeelhouders van rechtspersonen met betrekking tot milieurechtelijke verplichtingen kan tevens een onderwerp van discussie zijn tijdens een bedrijfsovername. Bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag of een voormalig bestuurder van de verkopende rechtspersoon door de koper van de onderneming/inrichting contractueel wordt gevrijwaard voor eventuele claims van derden ná het plaatsvinden van de bedrijfsovername.

#### *Onderwerp van onderzoek*

In dit hoofdstuk zullen de verschillen tussen enerzijds de mogelijkheden van aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders in het civiele (ondernemings)recht, en anderzijds de mogelijkheden om bestuurders en aandeelhouders via het bestuursrecht verantwoordelijk te houden voor de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, worden geanalyseerd.<sup>4</sup> Daarbij staan de volgende onderzoeksvragen centraal (zie par. 8.4):

*Hoe verhoudt de reikwijdte en aard van de civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders via het Burgerlijk Wetboek en de civielrechtelijke jurisprudentie zich tot de reikwijdte en aard van de verantwoordelijkheden die voor bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen uit de nationale en Europese milieuwetgeving en de bestuursrechtelijke jurisprudentie kunnen voortvloeien? Wat zijn de rechtvaardigingsgronden voor de eventueel te constateren verschillen?*

Van belang voor dit onderzoek is dat het bestuursrechtelijke uitgangspunt in de Wm primair de effectieve handhaving van milieuvoorschriften is. Met andere woorden: in het kader van de handhaving van milieuvoorschriften wordt primair gekeken hoe een overtreding zo spoedig mogelijk kan worden beëindigd door diegene die daartoe feitelijk en juridisch in staat is. Daarbij spelen de mogelijkheden tot het opleggen van een last onder dwangsom en tot kostenverhaal ná door het

---

ik hierbij op dat een bestuur van een rechtspersoon die een grote onderneming/inrichting drijft meestal zal (trachten te) voorkomen dat ook de bestuurders van die rechtspersoon persoonlijk verantwoordelijk zullen worden gehouden voor de naleving van de voor die rechtspersoon geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

3 Daarbij rust de eventuele aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als bestuurder van haar dochtervennootschap overigens ook weer hoofdelijk op de bestuurders van die moedermaatschappij, zie art. 2:11 BW.

4 Zie over dit onderwerp ook C.A. Schwarz en J.J.A. Hamers, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van vennootschappen voor milieuschade', in: M.G. Faure en C.A. Schwarz (red.), *Milieuaansprakelijkheid, Recente ontwikkelingen in een ondernemingsrechtelijk kader*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 99-145.

bevoegd gezag uitgevoerde bestuursdwang een belangrijke rol van betekenis. Door middel van deze twee bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen kan het bevoegd gezag de naleving van toepasselijke wettelijke regels en milieu(vergunnings)voorschriften afdwingen, en de vanwege de uitgeoefende bestuursdwang gemaakte kosten verhalen op de overtreder.

Om tot een effectieve handhaving van milieuvoorschriften te komen, kan onder omstandigheden niet alleen de rechtspersoon door het bevoegd gezag worden aangesproken als overtreder, maar ook bijvoorbeeld de bestuurder van de rechtspersoon of een leidinggevende werknemer (feitelijk bestuurder) werkzaam binnen de inrichting die primair wordt gedreven door de rechtspersoon.<sup>5</sup> Op de mogelijkheden om bestuurders, leidinggevende werknemers en zelfs (enig of groot) aandeelhouders van rechtspersonen als overtreder verantwoordelijk te houden wordt specifiek ingegaan in par. 8.2.<sup>6</sup>

Benadrukt moet worden dat het aanspreken van een bestuurder, leidinggevende werknemer of (enig of groot) aandeelhouder als overtreder door het bevoegd gezag niet de meest gangbare wijze van handhaving is: primair wordt de rechtspersoon door het bevoegd gezag aangesproken tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften. Het aanspreken van een bestuurder, leidinggevende werknemer of (enig of groot) aandeelhouder van de drijvende rechtspersoon is de uitzondering op de hoofdregel.

In par. 8.3 wordt vervolgens in kort bestek het civielrechtelijke kader met betrekking tot bestuurdersaansprakelijkheid in Nederland geschetst. Met andere woorden: onder welke omstandigheden kunnen bestuurders aansprakelijk worden gesteld via het civiele recht? De civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders van rechtspersonen heeft dogmatisch gezien een andere grondslag in vergelijking tot de verantwoordelijkstelling van bestuurders van inrichting drijvende rechtspersonen via het bestuurs- en milieurecht. In dat laatste geval gaat het immers om de mogelijkheid van handhaving van milieu(vergunnings)voorschrif-

---

5 Vergelijk de uitspraak ABRvS 27 maart 2001, AB 2002, 102 (Kuppens) waarin werd vastgesteld dat ook een bedrijfsleider – niet bestuurder – kan worden aangemerkt als een overtreder van de geldende vergunningsvoorschriften, zie r.o. 2.5.4: “(...) De onderneming van Teka Bandenrecycling BV wordt geleid door appellant en zijn echtgenote. Zij heeft de functie van directeur en voert de administratie. Appellant heeft de functie van bedrijfsleider en heeft de dagelijkse leiding bij de werkzaamheden. Contacten met het provinciebestuur worden door beiden onderhouden; als er stukken moeten worden getekend gebeurt dat doorgaans door de directeur, soms echter door appellant. Onder deze omstandigheden kan appellant worden aangemerkt als overtreder van de in het bestuursdwangbesluit genoemde voorschriften, zodat dit beroepsonderdeel faalt.”

6 De mogelijkheid tot het verantwoordelijk houden van de ‘feitelijk leidinggevende’ is ook in het ondernemingsrecht niet onbekend: op grond van art. 2:248 (en art. 2:138) lid 7 BW kan bijvoorbeeld een persoon die het beleid binnen de vennootschap (mede) heeft bepaald als ware hij bestuurder, wegens onbehoorlijk bestuur hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld ingeval van faillissement van de NV of BV. Zie daarover bijvoorbeeld HR 30 november 2007, *NJB* 2008/1, nr. 15. En ingevolge het Nederlandse strafrecht kan ook tegen een feitelijke leidinggevende strafvervolgning worden ingesteld voor een strafbaar feit begaan door een rechtspersoon (zie art. 51 lid 2 Wetboek van Strafrecht). De bestuursrechter kijkt wat betreft de uitleg van het begrip feitelijk leiderschap ook naar de interpretatie dienaangaande door de strafrechter. Zie daarover par. 8.2.1.

ten, en niet om de civielrechtelijke aansprakelijkstelling van de bestuurder van de rechtspersoon. Dat de materiële gevolgen voor de bestuurder van de rechtspersoon uiteindelijk vaak dezelfde zijn – zowel in het geval van bestuursrechtelijke handhaving, als in het geval van civielrechtelijke aansprakelijkstelling betaalt de bestuurder uiteindelijk persoonlijk de kosten – doet aan dit juridisch-dogmatische verschil niet af.

#### *Amerikaans recht: CERCLA*

In par. 8.5 zal de mogelijke aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen onder een specifieke Amerikaanse federale milieuwet centraal staan: de Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, kortweg CERCLA genaamd.<sup>7</sup> Uit de Amerikaanse jurisprudentie met betrekking tot het begrip operator – vergelijkbaar met het Nederlandse begrip drijver – in CERCLA vloeien een aantal principes voort. Wellicht kunnen deze principes ook van nut zijn voor de verdere ontwikkeling van het antwoord op de vraag wanneer, en of, een bestuurder en/of (enig of groot) aandeelhouder van een inrichting drijvende rechtspersoon in Nederland voor de naleving van milieu(vergunnings)regels verantwoordelijk zou moeten kunnen worden gehouden. Niet alleen deze rechtsvraag, maar ook enkele andere aspecten van de operator definitie in CERCLA, zoals de zogenaamde lender liability – aansprakelijkheid van kredietverschaffers als operator van een facility van de lener – komen in par. 8.5 aan de orde.

### **8.2 Het verantwoordelijk houden van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van een rechtspersoon in geval van overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften**

In de bestuursrechtelijke jurisprudentie zijn diverse mogelijkheden ontwikkeld om een bestuurder en/of aandeelhouder van de rechtspersoon als overtreder verantwoordelijk te houden voor de naleving van de toepasselijke milieu(vergunnings)voorschriften. Op de overtreder kunnen door het bevoegd gezag de kosten voortvloeiende uit uitgeoefende bestuursdwang worden verhaald. Tevens kan een last onder dwangsom worden opgelegd aan diegene die het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen (zie par. 8.2.1). Ook op Europees niveau zijn interessante ontwikkelingen gaande op dit vlak. Op deze Europese ontwikkelingen wordt ingegaan in par. 8.2.2.

---

<sup>7</sup> Deze rechtsvergelijking met CERCLA vloeit voort uit een studieverblijf in 2006 en 2007 aan een aantal universiteiten in de Verenigde Staten, waarbij de nadruk lag op het onderzoek naar enkele zogenaamde transfer triggered environmental acts toepasselijk in onder meer de staten New Jersey en Connecticut. Zie daarover uitgebreid de hoofdstukken 4 en 5.

### 8.2.1 *Last onder dwangsom en kostenverhaal na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang: overtrederschap*

In het bestuurs- en milieurecht is een belangrijke vraag welke mogelijkheden het bevoegd gezag heeft om de naleving van milieurechtelijke verplichtingen af te dwingen. Afdwingbaarheid van milieurechtelijke verplichtingen is mogelijk door middel van het opleggen van een last onder dwangsom aan de overtreder die het in zijn macht heeft om aan de desbetreffende overtreding een eind te maken. Tevens kan het bevoegd gezag de geldende milieu(vergunnings)voorschriften handhaven door middel van het uitoefenen van bestuursdwang, gevolgd door kostenverhaal op de overtreder.<sup>8</sup> Deze twee algemene bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen zijn vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht (zie art. 5:25 Awb en art. 5:32 Awb),<sup>9</sup> en zijn ook van belang in geval van handhaving in het kader van de Wm (zie hoofdstuk 18 van de Wm).<sup>10</sup>

#### *Wie is overtreder?*

Zowel de mogelijkheid van kostenverhaal door het bevoegd gezag ná door hem uitgeoefende bestuursdwang als de mogelijkheid tot het kunnen opleggen van een last onder dwangsom, is slechts mogelijk ten aanzien van de overtreder.<sup>11</sup> De overtreder is diegene die een bij of krachtens de wet gesteld voorschrift overtreedt.<sup>12</sup> Er wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de feitelijke en juridische onmogelijkheid om een overtreding ongedaan te maken.<sup>13</sup> In geval van feitelijke onmogelijkheid

- 
- 8 Het bevoegd gezag kan niet tegelijkertijd én bestuursdwang toepassen én een last onder dwangsom opleggen, zie art. 5:32 lid 1 Awb. In geval van ernstige milieuovertredingen moet het bevoegd gezag kiezen voor bestuursdwang, zie art. 5:32 lid 3 Awb en E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1998, p. 386.
  - 9 Zie daarover in het algemeen L.J.J. Rogier, 'Handhaving en sancties', in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 55-66.
  - 10 Zie daarover T.E.P.A. Lam, 'Handhaving in het milieurecht en de ruimtelijke ordening', in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 591-610.
  - 11 Zie art. 5:25 lid 1 Awb en art. 5:32 lid 1 Awb. Er zijn wel meerdere categorieën (rechts)personen waaraan een bestuursdwangbesluit dient te worden toegestuurd (zie art. 5:24 lid 3 Awb). Een dergelijke beschikking heeft echter geen betrekking op een 'last', maar alleen op een beslissing dat er zal worden opgetreden. Zie daarover ook F.C.M.A. Michiels en A.B. Blomberg, *Handhaving*, april 2002, in: N.S.J. Koeman en J.E.M. Polak, *Praktijkboek Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. VIII – 26-30.
  - 12 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 67. Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, Memorie van Toelichting bij de invoering van de Vierde Tranche Awb, p. 78-81. Van overtreding van de zorgplicht van art. 1.1a Wm zal niet snel sprake zijn, zie ABRvS 8 december 2004, AB 2005, 44, m.nt. FM, r.o. 2.3.3.
  - 13 Een drietal voorbeelden dienaangaande zijn Vz. ABRvS 18 november 1996, AB 1997, 316 en M&R 1997/6, nr. 66, Vz. ABRvS 19 november 1996, M&R, 1997/6, nr. 67 en Vz. ABRvS 27 november 1996, M&R, 1997/6, nr. 68. In de uitspraak van 18 november 1996 stelde de voorzitter van de Afdeling dat privaatrechtelijke verhoudingen tussen een huurder en een eigenaar optreden tegen een milieuhygiënisch onaanvaardbare situatie niet onmogelijk kan maken. De huurder moet trachten de privaatrechtelijke toestemming van de eigenaar/verhuurder in rechte af te dwingen. In de uitspraak van 19 november 1996 stelde de Voorzitter van de ABRvS dat de huurder/gebruiker van het pand feitelijk bij machte is aan derden de opdracht te geven de noodzakelijke werkzaamheden te verrichten. Dat de huurder naar burgerlijk recht voor het (doen) verrichten van die werkzaamheden mogelijkerwijs voorafgaande toestemming behoefde van de eigenaar van het pand doet daaraan niet af. Ook de omstandigheid dat ten tijde van het opleggen van de dwangsom nog niet duidelijk is of de door de →

lijkheid tot ongedaanmaking van de gevolgen van de overtreding kan geen last onder dwangsom worden opgelegd.<sup>14</sup> Zolang de juridische onmogelijkheid om een overtreding ongedaan te maken (nog) niet vaststaat, kan aan de overtreder echter wél een last onder dwangsom worden opgelegd. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de aangeschreven overtreder geen pogingen heeft ondernomen om toestemming te verkrijgen van bijvoorbeeld de eigenaar van het grondgebied waar de overtreding heeft plaatsgevonden. Ook het vragen van een voorziening bij de burgerlijke rechter tot het verlenen van toestemming hoort tot het 'ondernemen van een poging'. Tevens kan worden gedacht aan een situatie waarin nog geen publiekrechtelijke toestemming, bijvoorbeeld een bouwvergunning, is verkregen omdat nog geen aanvraag is gedaan. Pas indien vaststaat dat privaatrechtelijke of publiekrechtelijke toestemming niet wordt verkregen,<sup>15</sup> dan wel in het geval de overtreder

---

huurder te maken kosten uiteindelijk voor rekening van de huurder of de eigenaar/verhuurder komen, doet niet af aan het feit dat de huurder het in zijn macht heeft voorzieningen te treffen. In de uitspraak van 27 november 1996 werd bepaald dat, gezien de ernst van de overtredingen, de civielrechtelijke procedure tussen de pachter en de verpachter niet aan de weg staat om tot de pachter een dwangsombesluit te richten. De pachter heeft het feitelijk in zijn macht noodvoorzieningen te treffen. Ook de verhuurder kan onder omstandigheden worden aangemerkt als overtreder, zie Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 22 januari 2008, LJN: BC3335, zaaknr. SBR 07/330, r.o. 2.7: "Indien moet worden geoordeeld dat het pand in strijd met de verleende vrijstelling wordt gebruikt, moet naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter [verzoeker 1] als verhuurder worden aangemerkt als overtreder. Voor zover [verzoeker 1] heeft beoogd te stellen dat zij het niet in haar macht heeft aan een overtreding een einde te maken, is de voorzieningenrechter van oordeel dat [verzoeker 1] geacht moet worden middels de huurovereenkomst zeggenschap te hebben over de activiteiten die in het pand plaatsvinden. De voorzieningenrechter verwijst dienaangaande naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (...) van 14 juli 2004, 2000308097/1, JB 2004, 296." In ABRvS 14 juli 2004, 2004, 331, m.nt. FM wordt als volgt geoordeeld: "2.3.4 (...) Appellante is drijfster van Shurgard Zaandam en moet derhalve worden aangemerkt als degene die artikel 5:20, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht daadwerkelijk heeft geschonden. Appellante moet derhalve als overtreder in de zin van artikel 5:32, eerste lid, van die wet worden aangemerkt. De contractuele verhouding van appellante tot haar huurders vormt, wat daarvan verder ook zij, naar het oordeel van de Afdeling geen beletsel om de last uit te voeren. Deze kan indien nodig worden gewijzigd. Ook voor het overige ziet de Afdeling gelet op de stukken en het verhandelde ter zitting geen grond voor het oordeel dat appellante niet in staat is de onderhavige last uit te voeren."

- 14 Zie bijvoorbeeld Vz. ABRvS 22 december 2003, JM 2004, 28, m.nt. Zigenhorn. In Vz. ABRvS 14 maart 2008 (zaaknr. 200800666/1; Gulf Demarol) oordeelde de voorzitter dat er geen sprake was van de feitelijke onmogelijkheid tot ongedaanmaking (r.o. 2.5 en r.o. 2.5.1): "2.5 Gulf Demarol voert verder aan dat wellicht sprake is van een overtreding, maar niet van een verwijtbare situatie. Er zou sprake zijn van overmacht. Zij wijst erop dat de vertraging grotendeels is te wijten aan de omstandigheid dat veel partijen bij het gebeuren zijn betrokken. Bovendien kan slechts een beperkt aantal mensen worden ingezet en heeft Gulf Demarol hieromtrent geen volledige invloed, zo stelt zij. Gulf Demarol voert ook aan dat [aannemersbedrijf], die de sanering feitelijk uitvoert, eenzijdig, zonder haar toestemming, is overgegaan tot beëindiging van de sanering en dat het college te veel de nadruk heeft gelegd op de eenzijdig via [aannemersbedrijf] verkregen informatie. Gulf Demarol voert ten slotte aan dat gezien het beperkte veiligheids- en milieurisico het opleggen van een last onder dwangsom niet is te billijken. 2.5.1 Het betoog van Gulf Demarol geeft de voorzitter noch aanleiding voor het oordeel dat het college niet bevoegd was handhavend op te treden, noch voor het oordeel dat het college gelet op de omstandigheden van het geval van handhaving behoorde af te zien."
- 15 ABRvS 22 mei 2002, AB 2002, 368, r.o. 2.3.2: "(...) Uitgangspunt van art. 5:25 lid 1 Awb is dat de overtreder de kosten verbonden aan de toepassing bestuursdwang verschuldigd is, tenzij de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel te zijnen laste behoren te komen. Appellantes stelling dat ingevolge een civielrechtelijke overeenkomst het risico voor de opstallen bij de gemeente ligt, kan – wat daar verder ook van zij – in het kader van het onderhavige geschil geen rol spelen, nu hier niet de privaatrechtelijke relatie tussen de gemeente en appellante aan de orde is, maar de toepassing van bestuursdwang door verweerders. Het met de toepassing van bestuursdwang gemoeide belang van de bescherming van het milieu vormt evenmin reden om van kostenverhaal af te zien. Verweerders hebben zich naar het oordeel van de Afdeling terecht op het standpunt gesteld, dat geen sprake is van omstandigheden op grond waarvan de kosten redelijkerwijze niet of niet geheel ten laste van de overtreder behoren te komen."

aantoont dat hij alle juridische middelen heeft ingezet om duidelijkheid dienaangaande te verkrijgen, is het opleggen van een last dwangsom aan de overtreder onredelijk.<sup>16</sup>

Aangezien meestal de drijver van de inrichting in het milieurecht als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften zal worden aangesproken, zal niet snel sprake zijn van een discrepantie tussen de reikwijdte van de groep mogelijk aan te spreken overtreders in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en de groep drijvers in de zin van de Wm.<sup>17</sup> Het algemene begrip drijverschap heeft geen betrekking op overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften. Dit begrip wordt juist gehanteerd ter beantwoording van de vraag tot wie de milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de inrichting zich richten. Het begrip heeft niet (direct) betrekking op verantwoordelijkstelling. Daarvoor is het overtrederschap en het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen – in geval van het opleggen van een last onder dwangsom – van belang.

---

16 R. Uylenburg merkt in haar noot onder voormelde uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 18, 19 en 27 november 1996 op dat, indien de ernst van de overtreding zodanig is dat niet kan worden gewacht totdat de privaatrechtelijke verhouding duidelijk is, haars inziens desnoods de overtredingen ongedaan kunnen worden gemaakt door de activiteiten in (een deel van) de inrichting te staken. In dat geval kan men zich echter afvragen of het belang van het milieu zich niet tegen het opleggen van een dwangsom verzet en of er niet met bestuursdwang moet worden opgetreden. Zie *M&R*, 1997/6, noot bij nrs. 66, 67 en 68. Zie hierover tevens ABRvS 24 december 1998, *AB* 2000, 238: “2.4.1 (...) Appellante heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij het in het geheel niet in haar macht heeft het laden en lossen in de Slotlaan door derden die aan haar bedrijf leveren, tegen te gaan. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat er tussen appellante en de betrokken derden een contractuele relatie bestaat, via welke zij enige mate van invloed kan doen gelden. Gelet hierop en mede gezien hetgeen appellante overigens heeft aangevoerd ziet de Afdeling geen grond voor het oordeel dat verweerders in redelijkheid, na afweging van de betrokken belangen, geen gebruik mochten maken van hun bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom.”

17 Vergelijk C.L. Knijff, ‘Wie drijft de inrichting?’, *M&R* 1999/12, p. 285 en V.M.Y. van ’t Lam, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers, 2005, p. 41: “De normadressaat van artikel 8.1 Wm en de overtreder die het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft de overtreding te beëindigen, zullen – behalve wanneer er binnen één inrichting meerdere drijvers zijn (...) – daarom in de (milieurecht-)praktijk doorgaans samenvallen.” Zie tevens *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, Memorie van Toelichting bij de invoering van de Vierde Tranche Awb, p. 80-81. Zie ook Vz. ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999, 45, m.nt. C.L. Knijff (PFW Aroma Chemicals BV/Givaudan Roure S.A.): “De voorzitter overweegt met betrekking tot de vraag of de last onder dwangsom aan verzoekster sub 2 mocht worden gericht dat als overtreder in elk geval moet worden aangemerkt degene die de inrichting drijft als bedoeld in art. 8.20 Wm. De houder van de vergunning mag in beginsel worden beschouwd als drijver van de inrichting in de zin van die bepaling.” Zie ook ABRvS 30 januari 2008, zaaknr. 200702980/1, waarin werd geoordeeld dat de verhuurder géén drijver van de inrichting, en dus geen overtreder van de voor de inrichting geldende vergunningsvoorschriften was. Regelmatig wordt de verhuurder overigens door de ABRvS wel als drijver van de inrichting beschouwd, zie daarover par. 2.3. In de uitspraak van 30 januari 2008 oordeelde de ABRvS in r.o. 2.2.2 als volgt: “Als overtreder in de zin van artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht is slechts aan te merken degene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk schendt. Ter zitting is gebleken dat [vergunninghouder] de inrichting drijft en als zodanig is aan te merken als overtreder die het in haar macht heeft om de gestelde overtredingen te beëindigen. [appellante] is eigenaar van het onroerend goed op het perceel waar de inrichting is gevestigd. Dit onroerend goed verhuurt zij aan [vergunninghouder]. Nu in dit geval uitsluitend [vergunninghouder] als drijver van de inrichting de vergunningvoorschriften kan overtreden en kan worden gelast de vergunning na te leven, heeft het college de last onder dwangsom in strijd met artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht aan [appellante] opgelegd. Deze grond slaagt.”



Ook een bestuurder van een rechtspersoon kan overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften zijn, mits hij persoonlijke betrokkenheid had bij de desbetreffende overtreding. Op deze persoonlijke betrokkenheid bij de overtreding wordt later in dit hoofdstuk nog uitgebreid ingegaan. Ter beoordeling van de vraag of ook een leidinggevende van een rechtspersoon – zoals een bedrijfsleider of manager – als overtreder kan worden gekwalificeerd, wordt door de bestuursrechter tevens naar de strafrechtelijke jurisprudentie ten aanzien van het feitelijk leiding geven gekeken.<sup>18</sup> De bestuurder of feitelijk leidinggevende moet wel apart door het bevoegd gezag worden aangeschreven.<sup>19</sup>

Een bijzondere situatie betreft die waarin de moeder vennootschap van de drijvende dochter vennootschap wordt aangeschreven tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften.<sup>20</sup> De moeder vennootschap staat als bestuurder en/of aandeelhouder in een bepaalde gezagsverhouding tot de inrichting van de dochter vennootschap, en kan op die manier invloed uitoefenen ten aanzien van de naleving van de voor haar dochter vennootschap geldende milieu(vergunnings)voorschriften.<sup>21</sup> Deze situatie komt in dit hoofdstuk nog diverse keren aan de orde.

Bestuursrechtelijke handhaving door middel van het aanspreken van een werknemer – niet de formele bestuurder en geen leidinggevende van de rechtspersoon – in dienst van de rechtspersoon is in het algemeen niet mogelijk. De hoedanigheid van werknemer is in beginsel onvoldoende om een werknemer als overtreder van de milieurechtelijke normen die gelden voor zijn werkgever aan te wijzen. Strafrechtelijk gezien kan dit anders liggen. Het strafrecht kent een ruimer daderschap, waarop in dit boek verder niet wordt ingegaan.<sup>22</sup> In de vierde tranche van de Awb – deze wetgeving is nog niet ingevoerd – is overigens een nieuwe bepaling opgenomen waarin wordt gesproken over de pleger en de medepleger, zie art. 5.0.1 van de vierde tranche Awb.<sup>23</sup> Op grond van deze nieuwe vierde tranche kan

18 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 148. Zie bijvoorbeeld CBB 5 april 2005, *LJN* 4977, r.o. 3.4: “Voorts is inmiddels in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, naar analogie van artikel 51 van het Wetboek van strafrecht, aanvaard dat een bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd aan de natuurlijke persoon die opdracht heeft gegeven tot de overtreding dan wel daaraan feitelijk leiding heeft gegeven. Derhalve is het bestreden besluit terecht mede gericht tot Y, die het als eigenaar en bestuurder in zijn macht heeft een einde te maken aan de overtreding van het dagquorum.”

19 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 148.

20 Zie: C.L. Knijff, T.J.M. Jurgens en Ch.W. Backes, *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer, Publicatiereeks milieubeheer nr. 1998/8, september 1998, p. 37-38.

21 Zie C.L. Knijff in nr. 6 van haar noot onder Vz. ABRvS 31 juli 1998, *AB* 1999, 45.

22 Vergelijk C.L. Knijff, “Wie drijft de inrichting?”, *M&R* 1999/12, p. 268: “In het normadressaat-onderzoek is geconcludeerd dat er (vooralsnog) van moet worden uitgegaan dat uit het wettelijke systeem voortvloeit dat de plicht tot naleving geconcentreerd is op degene die de inrichting drijft, en dat dus bestuursrechtelijke handhaving jegens werknemers niet mogelijk is. Daarmee is niet gezegd dat niet strafrechtelijk jegens werknemers kan worden opgetreden. Het strafrecht kent immers een ruim daderschap.”

23 Art. 5.0.1 van de vierde tranche Awb luidt als volgt: “1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. 2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die overtreding pleegt of medepleegt. 3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.” Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 29 702, A, Aanvulling →

ook een bestraffende sanctie aan de (mede)pleger kunnen opgelegd, zie art. 5.0.2 van de vierde tranche Awb.

*Het verschil tussen ‘zeggenschap hebben over’, het ‘in zijn macht hebben’ en het overtrederschap*

Er is zoals gezegd onderscheid te maken tussen de begrippen zeggenschap hebben over de inrichting (drijverschap) en het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen (van belang bij het opleggen van een last onder dwangsom). Deze begrippen hebben taalkundig gezien een grote overeenkomst, en kunnen beiden betrekking hebben op bestuurders of andere leidinggevendenden. Het zeggenschaps-criterium wordt niet alleen gebruikt ter beantwoording van de vraag wie als drijver van de inrichting is te beschouwen – en dus tot wie zich de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften richten – maar ook ter beantwoording van de vraag aan wie een last onder dwangsom kan worden opgelegd.<sup>24</sup> Het gaat in geval van een overtreding in elk geval om persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder van de rechtspersoon bij de overtreding.<sup>25</sup>

Er zijn echter uitzonderingssituaties denkbaar waarin het zeggenschaps criterium en het criterium van het in zijn macht hebben niet geheel met elkaar gelijk zijn te stellen.<sup>26</sup> De formulering en strekking van deze begrippen verschilt immers. In de jurisprudentie met betrekking tot het drijverschap over de inrichting wordt de term

---

van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), p. 9. Zie ook *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, waar op p. 79 wordt opgemerkt: “Dit betekent dat in veel gevallen een bedrijf of instelling of de leiding van een bedrijf of instelling als overtreder zal kunnen worden aangemerkt, ook al is de gedraging in fysieke zin gepleegd door een werknemer (vgl. ABRs 27 maart 2001, AB 2002, 102) of opdrachtnemer (ABRS 3 juli 2002, AB 2002, 301; JB 2002, 243; ABRs 17 juli 2002; AB 2003, 78) (...). Opgemerkt zij overigens, dat het voorgaande niet betekent dat bijvoorbeeld een bestuurlijke boete nooit aan een werknemer in persoon zou kunnen worden opgelegd; zulks is in elk geval wel mogelijk als de overtreder norm zich mede of uitsluitend tot die werknemer richt.” Zie over art. 5.0.1 van de vierde tranche Awb ook R. Stijnen, ‘Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders, Ontwikkelingen bezien vanuit de financiële toezichtswetgeving’, *NJB* 2008/4, p. 204-212. Stijnen spreekt over een “nietszeggende bepaling” (p. 208). In een eerdere fase was immers in artikel 5.0.1 nog een directe verwijzing gemaakt naar artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht.

24 Vergelijk het geval waarin aan een enig aandeelhouder/bestuurder in concernverhoudingen een last onder dwangsom kreeg opgelegd met betrekking tot bouwwerkzaamheden waarover juridisch gezien de kleindochtervennootschap opdrachtgever, en tevens eigenaar van het desbetreffende pand was, ABRvS 28 september 2005, *JB* 2005, 322, m.nt. C.L.G.F.H.A.: “2.4 (...) Vaststaat dat appellant sub 1 enig aandeelhouder/bestuurder is van Mebuma Beheer B.V., zijnde enig aandeelhouder en bestuurder van B.V. Z, welke vennootschap enig aandeelhouder en bestuurder is van Landgoed Olaersduyn B.V. Uit de gedingstukken blijkt voorts dat appellant sub 1, nadat hem mondeling was gelast de werkzaamheden stil te leggen, aan de bouwinspecteur heeft medegedeeld daarmee niet te stoppen. In contacten met het college is appellant ook steeds opgetreden als de bevoegde vertegenwoordiger van Landgoed Olaersduyn B.V. en heeft hij als zodanig voor de werkzaamheden uiteindelijk een bouwvergunning en een monumentenvergunning aangevraagd. Uit het vorenstaande blijkt dat appellant sub 1 degene is die feitelijk leiding heeft gegeven aan en de volledige zeggenschap heeft uitgeoefend over die werkzaamheden. (...) De stelling van appellant sub 1 dat de zeggenschap van en het feitelijk leidinggeven door natuurlijke personen over activiteiten van een rechtspersoon alleen van belang zijn bij dwangsombesluiten in milieuzaken vindt geen steun in het recht en de Afdelingsjurisprudentie.”

25 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 69.

26 C.L. Knijff, ‘Wie drijft de inrichting?’, *M&R* 1999/12, p. 285.

‘(doorslaggevende economische) zeggenschap’ gehanteerd ter beantwoording van de vraag wie als drijver van de inrichting is te beschouwen. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2. De jurisprudentie met betrekking tot het opleggen van een last onder dwangsom stelt als vereiste dat de last alleen kan worden opgelegd aan de overtreder die het in zijn macht heeft – dat wil zeggen zelfstandig feitelijk in staat en rechtmatig – om een eind te maken aan de overtreding.<sup>27</sup> Onder omstandigheden kan ook een bestuurder – in de praktijk vaak betiteld als directeur – van een rechtspersoon, leidinggevende of een (enig of groot) aandeelhouder het in zijn macht hebben om de overtreding zelfstandig en rechtmatig te beëindigen.<sup>28</sup>

Het overtrederschap is daarnaast niet specifiek verbonden aan het begrip inrichting in de zin van de Wm. Overtredingen kunnen immers ook buiten de inrichting plaatsvinden. Dit betekent overigens niet dat activiteiten die worden verricht bui-

27 L.M. Koenraad, *Handboek Algemene Wet Bestuursrecht*, Kluwer, Artikelsgewijs commentaar art. 5:32, bijgevoegd tot 1 oktober 2006, aantekening 3: “Niet genoeg kan worden benadrukt dat een last onder dwangsom slechts kan worden opgelegd aan de overtreder, dat wil zeggen: degene die de overtreding feitelijk heeft begaan (...) en diegene die feitelijk leiding heeft gegeven aan een overtreding.” P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 67. Zie ook par. 2.2.4, waarin is ingegaan op het verschil tussen de feitelijke en juridische onmogelijkheid tot ongedaanmaking.

28 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 maart 2001, AB 2002, 102, m.nt. ABB (Kuppens). Dat de mogelijkheid van het kunnen aanspreken van een bestuurder van een rechtspersoon als overtreder al geruime tijd bestaat blijkt uit Vz. ABRvS 24 februari 1984, AB 1984, 480, m.nt. FO (Booy Clean): “Daartoe is aangevoerd dat hij uitsluitend in de hoedanigheid van directeur van de besloten vennootschap **Booy Clean BV** en derhalve als orgaan van een rechtspersoon heeft gehandeld, hetgeen meebrengt dat zijn handelingen dienen te worden toegerekend aan die rechtspersoon. Verweerder heeft zich op het standpunt gesteld dat verzoeker J. Booy als overtreder in de zin van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren moet worden aangemerkt. Wij delen deze opvatting van verweerder.

In art. 24 eerste lid Wet verontreiniging oppervlaktewateren wordt aan verweerder de bevoegdheid toegekend op kosten van de overtreder te doen wegnemen, beletten, verrichten of in de vorige toestand herstellen hetgeen is of wordt gemaakt, gesteld, ondernomen of nagelaten in strijd met deze wet, een krachtens deze wet vastgestelde regeling of gegeven bevel dan wel in strijd met een verplichting aan een krachtens deze wet verleende vergunning verbonden. Als vaststaand moet worden aangenomen dat verzoeker J. Booy als enig directeur van het betrokken bedrijf opdracht heeft gegeven tot de verboden lozingen dan wel daaraan feitelijk leiding heeft gegeven, althans deze niet heeft verhinderd alhoewel zulks gegeven de door hem beklede functie in zijn macht lag. Door aldus te hebben gehandeld, dient hij naar Ons voorlopig oordeel als overtreder in de zin van evenbedoeld artikel te worden aangemerkt. Gelet op de strekking van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, zoals deze blijkt uit de geschiedenis van de totstandkoming van deze wet, achten Wij voorshands voor een beperking van het begrip overtreder als door verzoeker J. Booy voorgestaan, geen grond aanwezig.” Zie ook ABRvS 22 maart 1995, AB 1995, 538, met kritische noot van FM. In geval van nauwe verwevenheid tussen verschillende rechtspersonen, denk aan concernverhoudingen, kan onder omstandigheden aan beide rechtspersonen een last onder dwangsom worden opgelegd, zie bijvoorbeeld CBB 5 april 2005, LJN 4977, r.o. 3.3: “Nu Y – via W BV – de uiteindelijk bestuurder van deze beide appellanten is, kan er immers van worden uitgegaan dat ook Z van het op de onderhavige locatie rustende dagquotum op de hoogte was. (...) Dit brengt volgens verweerder mee dat ook als de overtreding van het dagquotum formeel wordt begaan door de één, de andere B.V. als overtreder kan worden aangemerkt. Hiermee wordt immers voorkomen dat een overtreder zich, door het heen- en weerschuiven van activiteiten tussen B.V.’s, aan een last onder dwangsom zou kunnen onttrekken.” Indien deze ‘macht’ ontbreekt, kan dus geen last onder dwangsom worden opgelegd, zie bijvoorbeeld ABRvS 28 maart 1995, AB 1995, 528: “De Afdeling bestuursrechtspraak is van oordeel dat verweerders slechts de eigenaren resp. gebruikers van de desbetreffende percelen, die het als exploitanten van een inrichting voor het opslaan van buiten de inrichting afkomstige afvalstoffen immers in hun macht hebben een eventueel met de wet strijdige situatie op te heffen, een dwangsom hadden kunnen opleggen. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet dit oordeel bevestigd door de omstandigheid dat verweerders in één geval naast appellant ook de eigenaar van het perceel een dwangsom hebben opgelegd. Nu de dwangsom tevens gericht is op de opslagactiviteiten op percelen van derden, moet worden geconcludeerd dat het besluit zich op dit punt niet verdraagt met art. 18.9 Wet milieubeheer.”

ten de inrichting, of die gevolgen hebben buiten de inrichting, nooit door milieu(vergunnings)voorschriften worden gereguleerd. Op grond van de art. 8.11 Wm, 8.40 Wm en 1.1 lid 2 Wm moet ook rekening worden gehouden met de gevolgen van de binnen de inrichting uitgevoerde werkzaamheden buiten de inrichting. Via de schakelbepaling van art. 1.1 lid 2 Wm kunnen/moeten de milieu(vergunnings)voorschriften mede betrekking hebben op bijvoorbeeld het beheer van afvalwater en het verkeer van personen en goederen van en naar de inrichting. In die gevallen zal de overtreder ook vaak weer dezelfde persoon zijn als de drijver van de inrichting.

*Dwangsom: het niet in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen*

Er zijn situaties denkbaar waarin een rechtspersoon en eventueel haar bestuurder(s) wél als overtreder zijn aan te duiden, maar aan hen geen last onder dwangsom kan worden opgelegd.<sup>29</sup> Bijvoorbeeld indien een werknemer van de rechtspersoon die de inrichting drijft elders illegaal afval heeft gestort, op een terrein in eigendom van een eigenaar die niet als overtreder is aan te duiden. Aan de rechtspersoon of bestuurder van die rechtspersoon kan dan geen last onder dwangsom worden opgelegd, indien de rechtspersoon of de bestuurder het niet juridisch – en wellicht ook niet feitelijk – in zijn macht heeft om de (gevolgen van de) overtreding ongedaan te maken. Dit kan uiteraard anders zijn, indien de niet overtredende eigenaar toestemming geeft aan de overtreder om het afval van zijn terrein te verwijderen. Dan heeft de overtreder het wel feitelijk en juridisch in zijn macht om de gevolgen van de overtreding te beëindigen, en kan aan hem een last onder dwangsom worden opgelegd.

*Kostenverhaal na uitgeoefende bestuursdwang*

In het geval er kosten worden verhaald naar aanleiding van door het bevoegde gezag uitgeoefende bestuursdwang, moeten die kosten altijd worden verhaald op de overtreder.<sup>30</sup> De overtreder hoeft het in dat geval, anders dan bij het opleggen van een last onder dwangsom, niet in zijn macht te hebben om de overtreding zelfstandig en rechtmatig te kunnen beëindigen. De bestuursdwangbeschikking moet overigens soms wel aan meerdere (rechts)personen bekend worden gemaakt (zie art. 5:24 lid 3 Awb): aan de overtreder, aan de rechthebbende op het gebruik van de zaak ten aanzien waarvan bestuursdwang zal worden toegepast, en in het geval er een aanvraag is gedaan, aan de aanvrager. In de bestuursdwangbeschikking worden de voorwaarden waaronder de uitoefening van bestuursdwang door het

29 P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 145 en C.L. Knijff, 'Wie drijft de inrichting?', *M&R* 1999/12, p. 285: "Uitgaande van het oordeel van de voorzitter, maakt deze casus duidelijk dat het criterium wie de feitelijke macht heeft de overtreding ongedaan te maken, tekortschiet om de overtreder aan te wijzen, wanneer degene die zeggenschap heeft over de inrichting die macht niet heeft."

30 Zie art. 5:25 Awb. Zie bijvoorbeeld ook Vz. ABRvS 17 juli 2002, *AB* 2003, 78, m.nt. F.R. Vermeer (Stichting Patio/Gemeente Naarden) en HR 19 januari 2001, *AB* 2002, 382, m.nt. PvB (O. B.V./De Provincie Fryslân).

bevoegd gezag plaats zal vinden, en op welke wijze de gevolgen dienaangaande door de aangeschrevene(n) voorkomen kunnen worden, meegedeeld.

De bestuursdwangbeschikking bevat dus geen last, maar heeft wel een belangrijke informatieve functie.<sup>31</sup> De feitelijke maatregelen kunnen uiteraard ook in die gevallen alleen worden genomen door diegene die het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft om die maatregelen te treffen. Ook een bestuurder van een rechtspersoon, dan wel een andere leidinggevende persoon binnen de rechtspersoon, kan als overtreder (mede) door het bevoegd gezag worden aangesproken tot kostenverhaal na uitgeoefende bestuursdwang. Er moet dan, zoals gezegd, wel sprake zijn geweest van persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder van de rechtspersoon of de leidinggevende binnen de rechtspersoon bij de overtreding. Ditzelfde geldt trouwens voor de aandeelhouder, alhoewel een aandeelhouder zich vaak niet met de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming/inrichting van de vennootschap bezig houdt.

Wat de mogelijkheden van het bevoegd gezag betreft om een bestuurder van een rechtspersoon en/of een enig of groot aandeelhouder aan te spreken tot naleving van de geldende milieu(vergunnings)regels is de Desmepol-zaak van de ABRvS een goed voorbeeld.<sup>32</sup> In die zaak werd bepaald dat de enig bestuurder en aandeelhouder van de overtredende BV Desmepol, drijver van de inrichting, aangesproken kon worden tot de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften vanwege zijn invloed op het bestuur en zijn zeggenschap over Desmepol. De ABRvS oordeelde dat ook aan de enig aandeelhouder en bestuurder van de enig aandeelhouder en bestuurder van de overtredende BV een last onder dwangsom kon worden opgelegd. Dus ook de zogenaamde grootmoedermaatschappij werd in deze zaak als overtreder (mede) verantwoordelijk gehouden voor de naleving van de milieu(vergunnings)regels die primair gelden voor haar kleindochtervennootschap. De omstandigheid dat de enig bestuurder en aandeelhouder van Desmepol weer enig aandeelhouder en bestuurder was van BM Vastgoed BV – en BM Vastgoed de gronden en gebouwen van de inrichting aan Desmepol verhuurde – leidde ertoe dat tevens aan BM Vastgoed een last onder dwangsom kon worden opgelegd. Dit gezien de economische en bestuurlijke verwevenheid tussen Desmepol en BM Vastgoed. De redenering van Nederlands hoogste bestuursrechter is dat uit de economische en bestuurlijke verwevenheid de feitelijke en juridische macht van de verhuurder BM Vastgoed voortvloeit, waardoor BM Vastgoed de overtreding had kunnen beëindigen.<sup>33</sup> Deze maatstaf van de Afdeling Bestuursrechtspraak komt overeen met het criterium van ‘(doorslaggevende) eco-

31 F.C.M.A. Michiels en A.B. Blomberg, *Handhaving*, april 2002, in: N.S.J. Koeman en J.E.M. Polak, *Praktijkboek Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. VIII – 25 en p. VIII – 26-30.

32 ABRvS 10 augustus 2005, zaaknr. 200406867/1.

33 Voor de duidelijkheid volgt hier een gedeeltelijke weergave van r.o. 2.7.1 van deze uitspraak: “De Afdeling overweegt dat als overtreder in de zin van artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht slechts is aan te merken degene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk schendt. Desmepol drijft de inrichting (...) en is als zodanig aan te merken als overtreder die het in haar macht heeft om de gestelde overtredingen →

nomische zeggenschap' van de operator zoals gehanteerd in diverse Europese milieuriichtlijnen. Op deze Europese milieuriichtlijnen wordt ingegaan in de volgende paragraaf.

De redenering van de ABRvS zal in de praktijk vaak betrekking hebben op concernrelaties,<sup>34</sup> waarbij diverse moeder- en (klein)dochtervennootschappen onderling met elkaar zijn verweven via aandeelhouders- en bestuurdersposities, én via onderlinge contractuele verhoudingen.<sup>35</sup> De gedachtegang is dat de bestuurder en enig aandeelhouder, gezien zijn zeggenschapsverhouding, had kunnen ingrijpen bij de dochtervennootschap, maar dat heeft nagelaten of de overtredingen zelfs juist heeft bevorderd.

Kortom, ter beoordeling van de vraag wie als overtreder van voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften is aan te duiden zijn niet alleen contractuele relaties van belang, maar ook rechtspersoonrechtelijke verhoudingen. En dan met name de positie van de enig bestuurder, enig bestuurder/aandeelhouder of zelfs die van enig of groot aandeelhouder. De positie van de aandeelhouder zal nog tot de meeste discussie aanleiding geven. Bijvoorbeeld omdat de aandeelhouder zich enerzijds niet direct met de dagelijkse werkzaamheden binnen de inrichting bezig houdt, maar anderzijds wel grote invloed op het beleid binnen de vennootschap kan of kon uitoefenen gezien zijn mogelijkheid tot benoeming en ontslag van de bestuurders van die vennootschap.<sup>36</sup> In een situatie waarin sprake is

---

te beëindigen. [appellant b] is enig aandeelhouder en enig bestuurder van Desmepol en van BM Vastgoed. [appellant a] is enig aandeelhouder en enig bestuurder van [appellant b]. BM Vastgoed verhuurt de gronden en bedrijfsgebouwen van de inrichting aan Desmepol en voert in het onderhavige geschil de correspondentie mede namens de andere appellanten. Voorts is door BM Vastgoed een melding als bedoeld in artikel 8.19, tweede lid, van de Wet Milieubeheer [betreffende veranderingen van de inrichting of van de werking daarvan, RM] ingediend die betrekking heeft op de activiteiten van de onderhavige inrichting. Gelet op de invloed op het bestuur en de zeggenschap van [appellant b], en daarmee van haar bestuurder [appellant a], over de door Desmepol gedreven inrichting, is de Afdeling van oordeel dat behalve Desmepol en [appellant b] ook [appellant a] als overtreder van de in artikel 8.1, eerste lid, van de Wet milieubeheer opgenomen verboden kan worden aangemerkt. Voorts zijn de activiteiten van [appellant b], BM Vastgoed en [appellant a] naar het oordeel van de Afdeling zodanig economisch en bestuurlijk verweven met die van Desmepol, dat ook BM Vastgoed als overtreder in de zin van artikel 5:32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht kan worden aangemerkt."

- 34 Knijff merkt in het kader van het milieurechtelijke begrip 'drijverschap over de inrichting' en civielrechtelijke concernverhoudingen het volgende op: "Het lijkt mij echter dat het zeggenschaps criterium evengoed kan worden gebruikt in gevallen waarin van feitelijke exploitatie geen sprake meer is; alleen wordt het dan niet feitelijk, maar juridisch ingevuld. Het is evenwel niet uitgesloten dat de criteria in sommige gevallen tot verschillende oordelen kunnen leiden: het criterium van bijzondere gezagsverhouding lijkt ruimer dan het zeggenschaps criterium. Voorstelbaar is dat in een concernverhouding gesteld kan worden dat een moedermaatschappij in een bijzondere gezagsverhouding staat tot een dochtermaatschappij en daarmee tot de inrichting van die dochtermaatschappij (bijvoorbeeld met het oog op het doen van investeringen), maar niet direct zeggenschap heeft over de exploitatie van de inrichting. Van belang is hoe moet worden vastgesteld dat er sprake is van een bijzondere gezagsverhouding." Zie C.L. Knijff, 'Wie drijft de inrichting?', *M&R* 1999/12, p. 286.
- 35 Zie met betrekking tot contractuele verhoudingen bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1988-1989, 21 087, nr. 3, p. 82: "Met andere woorden: een ieder die de inrichting drijft is houder van de vergunning. Dit kunnen rechtsopvolgers zijn van degene aan wie de vergunning is verleend, maar onder omstandigheden ook personen die met diegene een privaatrechtelijke relatie hebben. Dit impliceert niet alleen een recht om van de vergunning gebruik te maken, maar ook een plicht ervoor zorg te dragen dat de aan de vergunning verbonden voorschriften worden nageleefd."
- 36 Dat een aandeelhouder niet snel zal worden aangesproken als (mede) overtreder blijkt ook uit een recente uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak, zie ABRvS 21 februari 2007, zaaknr. 200605807/1.

van meerdere aandeelhouders, zal de situatie nog gecompliceerder liggen. Heeft één van de aandeelhouders het in zijn macht om de feitelijke uitvoering van de werkzaamheden van de vennootschap/inrichting te beïnvloeden, zodat geen (verdere) overtreding van milieu(vergunnings)regels wordt begaan? Er zullen dan, naar ik meen, concrete aanwijzingen moeten zijn dat de aandeelhouder in een reële zeggenschapspositie ten aanzien van de overtredende activiteiten verricht binnen de inrichting verkeerde, zodat gezegd kan worden dat hij het in zijn macht had om de overtreding te beëindigen. Denkbaar is ook dat een aandeelhouder bepaalde overtredende activiteiten zelf feitelijk uitvoerde. Bijvoorbeeld indien de aandeelhouder als natuurlijk persoon zelf activiteiten verrichtte, of indien de werknemers van de aandeelhouder, op zijn beurt weer een rechtspersoon, de activiteiten verrichtten binnen de inrichting. Op de positie van de aandeelhouder wordt in dit verband in rechtsvergelijkend perspectief ingegaan in par. 8.5 (CERCLA).

In het bestuursrecht spelen civielrechtelijke verhoudingen derhalve een rol van betekenis ter beoordeling van de vraag of een bestuurder en/of (enig of groot) aandeelhouder van een rechtspersoon als overtreder van bepaalde milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor die rechtspersoon is te beschouwen. Maar de bestuursrechter hanteert ter beantwoording van die vraag wél een eigen beoordelingskader.

#### *Dochter- en zustervennootschappen als overtreder*

Het is denkbaar dat een zustervennootschap binnen een concernstructuur een dermate invloed (zeggenschap) heeft over een andere vennootschap binnen het concern, waarvan zij geen moedermaatschappij is, dat deze zustervennootschap als (mede) overtreder van de voor die vennootschap geldende milieu(vergunnings)voorschriften is aan te duiden. Het is zelfs mogelijk dat een dochtervennootschap invloed uitoefent op de moedermaatschappij, met name indien het concernstructuren betreft die door één of enkele natuurlijke personen worden opgezet en in stand gehouden. Dit zullen uiteraard uitzonderingssituaties betreffen. Meestal oefent de moedermaatschappij immers invloed uit op de dochtervennootschap.<sup>37</sup> Er zal dan sprake moeten zijn van specifieke omstandigheden. Bijvoorbeeld: verhuurt de dochtervennootschap de inrichting aan de moedermaatschappij, en wat is precies de zeggenschap van de dochtermaatschappij die uit die huurovereenkomst voortvloeit?

---

37 Vergelijk over deze 'horizontale doorbraak' en 'omgekeerde doorbraak' met betrekking tot het ondernemingsrecht: S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 239.

*De openbare vennootschap en de (commanditaire) vennoten als overtreder (titel 7.13 van het BW)*

Titel 7.13 BW handelt over de openbare en stille vennootschap (voorheen de maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap). Een vennootschap in de zin van titel 7.13 BW is een “overeenkomst tot samenwerking voor gemeenschappelijke rekening van twee of meer personen, de vennoten, welke samenwerking is gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel ten behoeve van alle vennoten door middel van inbreng door ieder van de vennoten,” zie art. 7:800 BW. De wet maakt onderscheid tussen een openbare en een stille vennootschap (art. 7:801 BW). Een openbare vennootschap is een “vennootschap tot het uitoefenen van een beroep of bedrijf dan wel tot het verrichten van beroeps- of bedrijfshandelingen, die op voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten optreedt onder een door haar als zodanig gevoerde naam.” Een stille vennootschap in de zin van titel 7.13 BW is een vennootschap die niet een openbare vennootschap is. Een stille vennootschap treedt dus niet op voor derden duidelijk kenbare wijze naar buiten toe op onder een bepaalde naam.

Aangezien titel 7.13 BW nieuw recht betreft, waarmee in het bestuursrecht nog geen ervaring is opgedaan, is niet met zekerheid te zeggen hoe de bestuursrechter zal oordelen met betrekking tot het overtredderschap en het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen van een openbare vennootschap (al dan niet met rechtspersoonlijkheid)<sup>38</sup> en een stille vennootschap.<sup>39</sup> Het hierna opgemerkte lijkt het meest voor de hand liggend dienaangaande. Een openbare vennootschap (al dan niet met rechtspersoonlijkheid) kan zeggenschap uitoefenen over de activiteiten verricht binnen een inrichting in de zin van de Wm, en kan als zodanig door het bevoegd gezag en door de bestuursrechter worden aangeduid als drijver van een inrichting en als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften. Een openbare vennootschap kan daarnaast aansprakelijk worden gesteld op grond van een onrechtmatige daad, bijvoorbeeld vanwege het veroorzaken van milieuschade.<sup>40</sup> Indien via een stille vennootschap een bedrijf/inrichting wordt uitgeoefend, zullen de betrokken vennoten van de stille vennootschap als drijvers van die inrichting kunnen gelden, en in geval van overtreding kunnen worden aangesproken als overtredders of als diegenen die het in hun macht hebben om de overtreding te beëindigen. De stille vennootschap treedt immers niet naar buiten toe op een voor derden kenbare wijze op, zodat ook het bevoegd gezag niet op de hoogte zal, en kan, zijn

38 Zie art. 7:802 BW.

39 Onder het oude recht kon een VOF (vennootschap onder firma) al als overtreder worden aangemerkt, dat blijkt bijvoorbeeld uit Vz. ABRvS 17 december 2001, AB 2002, 115.

40 A.L. Mohr, *Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Gouda Quint BV, vijfde druk, 1998, p. 120: “In het geval van een openbare maatschap evenwel, laat het zich zeer wel denken dat dit onrechtmatig handelen ingevolge het arrest HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babbel) naar de verkeersopvatting tevens heeft te gelden als gedraging van de maatschap zelf, met als gevolg dat ook de maatschap als zodanig voor deze schuld aansprakelijk kan worden gesteld (...).” Mohr bespreekt hier nog het oude recht.



van het bestaan van de stille vennootschap. De bestuursdwangbeschikking of de last onder dwangsom zal door het bevoegd gezag aan een bepaalde, het bevoegd gezag bekende, juridische entiteit of persoon moeten worden gericht.

Het bevoegd gezag en de bestuursrechter kijken naar de zeggenschap over de activiteiten verricht binnen de inrichting, dan wel in het geval van het opleggen van een last onder dwangsom naar het ‘in zijn macht hebben’ om een bepaalde overtreding te beëindigen. Deze zeggenschap of macht kan zowel door de openbare vennootschap als door de vennoten van een openbare of stille vennootschap worden uitgeoefend. In principe is iedere vennoot ook besturend vennoot, en is de besturend vennoot verplicht tot een behoorlijke vervulling van zijn taak (zie art. 7:809 leden 1 en 3 BW). Ook kunnen de vennoten het bestuur over de vennootschap exclusief aan een derde of aan derden overlaten (zie art. 7:809 lid 2 BW). Deze exclusief besturende derden hebben in dat geval ook de zeggenschap over de inrichting gedreven door de vennootschap. Deze besturende derde (niet-vennoot), kan dan als (mede)drijver of als (mede)overtreder van de milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de inrichting worden aangemerkt. De positie van de vennoten is in dat geval onduidelijker: hebben zij, ondanks de omstandigheid dat de vennootschap exclusief wordt bestuurd door een derde of door derden, voldoende zeggenschap om de overtreding te beëindigen? Dan zullen de omstandigheden van het geval, de (contractuele) verhoudingen tussen de exclusief besturende derde en de vennoten, en de feitelijke omstandigheden van het geval een rol van betekenis spelen. Het is dan denkbaar dat de bestuursrechter oordeelt dat de niet besturende vennoten dan toch, gezien hun zeggenschap, als overtreder zijn aan te merken, dan wel dat zij het in hun macht hebben om de overtreding te beëindigen. Dit mede vanwege de omstandigheid dat de vennoten vaak wezenlijke invloed kunnen uitoefenen op de besturende derde, dan wel hem gemakkelijk kunnen onthefven van zijn bevoegdheden als bestuurder van de vennootschap.

Indien de openbare vennootschap door het bevoegd gezag wordt aangesproken vanwege kostenverhaal of tot naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, zijn de vennoten van een openbare vennootschap hoofdelijk verbonden voor de kosten van de openbare vennootschap dienaangaande (zie art. 7:813 lid 1 BW). Indien slechts één van de besturend vennoten door het bevoegd gezag als overtreder wordt aangesproken voor overtredingen begaan binnen de inrichting, dan is in de onderlinge verhouding tussen de vennoten art. 7:815 lid 1 BW en het bepaalde in de overeenkomst van vennootschap van belang.<sup>41</sup>

---

41 Art. 815 lid 1 BW: “Iedere vennoot deelt voor een gelijk deel in de winst en in het verlies ongeacht de waarde van ieders inbreng in de vennootschap. Hiervan kan slechts bij de overeenkomst van vennootschap worden afgeweken.”

Interessant is om hier te wijzen op de positie van de commanditaire vennoot.<sup>42</sup> Een commanditaire vennoot van een openbare vennootschap draagt met name financieel bij aan het bedrijf (inrichting) gedreven door de openbare vennootschap en haar vennoten. De commanditaire vennoot treedt voornamelijk op als geldschietter van de openbare vennootschap, alhoewel hij intern binnen de openbare vennootschap wel arbeid mag verrichten. Voordeel voor de commanditaire vennoot is dat hij normaliter, anders dan de niet-commanditaire vennoten, alleen aansprakelijk is tot het bedrag dat hij heeft ingebracht in de openbare vennootschap, of tot het bedrag dat hij contractueel verplicht was om in te brengen.<sup>43</sup> Art. 7:837 lid 2 BW bepaalt wanneer een commanditaire vennoot wel aansprakelijk is voor schulden van de openbare vennootschap: “Handelt een commanditaire vennoot al dan niet krachtens volmacht in naam van de vennootschap of oefent hij door zijn handelen een beslissende invloed uit op het optreden door de besturende vennoten namens de vennootschap, dan is hij tegenover derden hoofdelijk verbonden voor de verbintenissen der vennootschap die ten tijde van zijn handelen of daarna zijn ontstaan, tenzij zijn handelen deze verbondenheid niet of niet ten volle rechtvaardigt.”

Art. 7:837 lid 2 BW handelt echter over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een commanditaire vennoot. In het bestuursrecht is het begrip zeggenschap en het in zijn macht hebben om de overtreding van de milieu(vergunnings)voorschriften te beëindigen het leidende beginsel. Het bestuursrechtelijke begrip overtreder laat zich echter, zoals gezegd, niet altijd leiden door het vennootschaps- en contractenrecht. Er zal door de bestuursrechter of het bevoegd gezag dus altijd naar de feitelijke en juridische zeggenschapsverhoudingen binnen de openbare vennootschap met één of meer commanditaire vennoten worden gekeken. Indien blijkt dat de commanditaire vennootschap zeggenschap heeft of het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen, kan hij als overtreder worden aangesproken, dan wel kan aan hem een last onder dwangsom aan worden opgelegd.

### *Tussenconclusies*

Soms valt een bestuurder en/of enig of groot aandeelhouder van een rechtspersoon, dan wel een leidinggevende werknemer (manager/bedrijfsleider) van een rechtspersoon, aan te merken als (mede) overtreder. Namelijk in het geval er sprake is van persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder en/of (enig of groot) aandeelhouder bij de overtreding. Aan een overtreder kan echter niet altijd een last onder dwangsom worden opgelegd. Bijzonder is dat bij de beantwoording van de

---

42 Een commanditaire vennootschap is de als zodanig optredende openbare vennootschap welke naast één of meer gewone vennoten één of meer commanditaire vennoten heeft, zie art. 7:836 lid 1 BW.

43 Art. 7:836 lid 2 BW: “De commanditaire vennoot is de vennoot die niet uitsluitend arbeid inbrengt, die uitgesloten is van de bevoegdheid om rechtshandelingen te verrichten voor rekening van de vennootschap, en die in het verlies der vennootschap niet verder behoeft te delen dan tot het bedrag van hetgeen hij heeft ingebracht of verplicht is in te brengen.” Zie ook art. 7:837 lid 1 BW.

vraag of een leidinggevende, niet formeel bestuurder, van de rechtspersoon als (mede) overtreder is te kwalificeren, de bestuursrechter soms tevens naar het in de strafrechtelijke jurisprudentie ontwikkelde vereiste van feitelijk leiding geven verwijst.

Het is van belang onderscheid te maken tussen enerzijds het drijverschap over de inrichting, en anderzijds het overtreederschap. Het begrip drijverschap over de inrichting heeft namelijk geen betrekking op overtredingen, maar alleen op de groep personen tot wie de voor de desbetreffende inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften zich richten. Vaak zal de drijver van de inrichting echter dezelfde persoon zijn als de overtreder of als diegene aan wie een last onder dwangsom kan worden opgelegd. Het zeggenschaps criterium, dat van belang is voor het oordeel of iemand als drijver van een inrichting is te beschouwen (zie hoofdstuk 2), wordt door de bestuursrechter ook gebruikt ter beoordeling van de vraag of aan iemand een last onder dwangsom kan worden opgelegd. Toch kunnen er zich gevallen voordoen waarin de overtreder niet als drijver van de inrichting is aan te duiden. Bijvoorbeeld indien de overtreding zich buiten de grenzen van de inrichting voordoet, en de milieu(vergunnings)regels ten aanzien van de desbetreffende inrichting geen betrekking hebben op die specifieke overtreding.

#### *De rol van de Raad van Commissarissen*

Ten slotte kort aandacht voor de rol van de toezichthoudende Raad van Commissarissen binnen een rechtspersoon.<sup>44</sup> Het persoonlijk verantwoordelijk houden van commissarissen is wat de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften betreft uitzonderlijk te noemen. Milieuverontreiniging en overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften ontstaan immers vaak vanwege bepaalde productie- of bedrijfsprocessen binnen de onderneming/inrichting gedreven door de rechtspersoon die wordt geleid door het dagelijkse bestuur. Het dagelijkse bestuur, en het dagelijkse toezicht op de uitoefening van de werkzaamheden verricht binnen de onderneming/inrichting, wordt meestal niet uitgeoefend door de Raad van Commissarissen. De taak van de Raad van Commissarissen heeft betrekking op het meer afstandelijk (financieel) toezicht houden op de onderneming. De rol van de Raad van Commissarissen is tegenwoordig wat betreft het houden van intern toezicht binnen de onderneming wel een iets grotere dan voorheen. Temeer sinds de invoering van de Corporate Governance Code (de Code Tabaksblat) per 1 januari 2004.<sup>45</sup> Desalniettemin zal het dus alleen in uitzonder-

<sup>44</sup> Zie de art. 2:152 – 2:164 BW en de art. 2:262 – 2:274 BW

<sup>45</sup> Zie over deze Corporate Governance Code en de gevolgen van deze Code voor de rol van de Raad van Commissarissen uitgebreid C.W. de Monchy e.a., *Corporate Governance in Nederland, Een praktische handleiding bij de beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, De Brauw Blackstone Westbroek N.V./Boom Juridische uitgevers, 2004. Zie ook art. 2:391 lid 5 BW, luidende: “Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gedragscode.”

lijke situaties mogelijk zijn om een commissaris als overtreder aan te merken van de milieu(vergunnings)voorschriften die gelden voor de rechtspersoon waarvan hij commissaris is. Op de rol van commissarissen wordt daarom hierna niet verder ingegaan.

### 8.2.2 *Europese richtlijnen die mede betrekking hebben op milieurechtelijke verplichtingen van bestuurders en/of aandeelhouders*

In het kader van de analyse naar het inrichtingenbegrip en het drijverschap over de inrichting is in par. 2.2.3 al ingegaan op een aantal Europese milieurichtlijnen. Deze Europese milieurichtlijnen zijn vaak toepasselijk ten aanzien van de operator. In de Nederlandse vertaling van deze richtlijnen wordt de term operator vertaald als exploitant. Zie het in par. 2.2.3 al vermelde artikel 2 (onder 9 en 12)<sup>46</sup> van de IPPC-richtlijn, en het art. 3 onder f van de Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten.<sup>47</sup> Verder noem ik hier: art. 2 lid 6 van Richtlijn 1999/13/EG van 11 maart 1999 inzake de beperking van de emissie van vluchtige organische stoffen ten gevolge van het gebruik van organische oplosmiddelen bij bepaalde werkzaamheden en in installaties (*Pb EG* 1999, L 85/1 van 29 maart 1999), luidende:

“exploitant: de natuurlijke of rechtspersoon die de installatie exploiteert of beheert of, indien de nationale wetgeving daarin voorziet, die de economische zeggenschap over het technisch functioneren van de installatie heeft.”

Zie ook art. 3 lid 11 van Richtlijn 2000/76/EG van 4 december 2000 betreffende de verbranding van afval (*Pb EG* 2000, L 332/91 van 28 december 2000):

“exploitant: iedere natuurlijke of rechtspersoon die de installatie exploiteert of die de controle daarover heeft of aan wie, voorzover de nationale wetgeving daarin voorziet, economische zeggenschap over de technische werking van de installatie is overgedragen.”

In verband met mogelijke milieurechtelijke verplichtingen van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen is ook de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid interessant.<sup>48</sup> Art. 2 lid 6 van deze richtlijn luidt immers als volgt:

“exploitant: particuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beroepsactiviteiten verricht of regelt, of, als dit in de nationale wetgeving is bepaald, aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van een dergelijke activiteit

46 “Exploitant: Elke natuurlijke of rechtspersoon die de installatie exploiteert of bezit, of, indien de nationale wetgeving in die mogelijkheid voorziet, aan wie economische beschikkingsmacht over de technische werking is overgedragen.”

47 “Exploitant: persoon die een installatie exploiteert of beheert, indien de nationale wetgeving daarin voorziet, aan wie de economische beschikkingsmacht over de technische werking is overgedragen.”

48 Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004, betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade, *Pb*, L 143/56.

is overgedragen, met inbegrip van de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van een dergelijke activiteit of de persoon die een dergelijke activiteit laat registreren of er kennisgeving van doet.”

Dit begrip exploitant geldt alleen ten aanzien van milieuschade zoals omschreven in de zin van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. De exploitant draagt in principe de kosten ten aanzien van de te nemen preventieve maatregelen en/of de herstelmaatregelen (art. 8, leden 1 en 2 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid).<sup>49</sup> De nationale wetgeving kan bepalen dat een exploitant ook kan zijn diegene die een ‘doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van de activiteit’ heeft, of zelfs ‘de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van een dergelijke activiteit of de persoon die een dergelijke activiteit laat registreren of er kennisgeving van doet’. De Nederlandse implementatiewetgeving naar aanleiding van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid hanteert dezelfde definitie van operator<sup>50</sup> als de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid, ook ten aanzien van dat gedeelte waarvoor dat niet is vereist.<sup>51</sup> Dit brengt een belangrijke verruiming van mogelijke verantwoordelijkstelling met zich mee.

Voor het onderwerp van dit onderzoek is vooral de aanduiding van ‘(doorslaggevende) economische zeggenschap’<sup>52</sup> in de diverse Europese milieurichtlijnen interessant. In de Nederlandse rechtspraak is in het kader van de beoordeling ten aanzien van het drijverschap over de inrichting het zeggenschaps criterium voortgekomen uit het vereiste van organisatorische binding tussen de installaties behorende tot eenzelfde onderneming of instelling. Dit vereiste is vastgelegd in art. 1.1 lid 4 Wm. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 2. In het kader van het opleggen van een last onder dwangsom is van belang dat de overtreder het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft om aan de overtreding een eind te maken. Onder de term economische zeggenschap hoeft niet alleen feitelijke zeggenschap te vallen, maar ook zeggenschap gebaseerd op bepaalde rechtsverhoudingen. Het is denkbaar dat daaronder bijvoorbeeld ook een positie van een enig of groot aandeelhouder bin-

49 Ook tegen een derde-veroorzaker kan worden geageerd door de bevoegde instantie, zie art. 10 van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.

50 Deze definitie luidt, zie art. 2 (6) van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid: “‘operator’ means any natural or legal, private or public person who operates or controls the occupational activity or, where this is provided for in national legislation, to whom decisive economic power over the technical functioning of such an activity has been delegated, including the holder of a permit or authorisation for such an activity or the person registering or notifying such an activity.”

51 Het door de Nederlandse wetgever in de implementatiewetgeving voorgestelde art. 17.6 Wm luidt als volgt: “*degene die de activiteit verricht*: de natuurlijk persoon of de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon die de activiteit verricht of heeft verricht, regelt of heeft geregeld, of aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van de activiteit is overgedragen, met inbegrip van de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van de activiteit en de persoon die de activiteit laat of heeft laten registreren of er kennisgeving van doet of heeft gedaan.” Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A.

52 De term doorslaggevende is hier tussen haakjes geplaatst, aangezien de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid dit wel bepaalt, maar bijvoorbeeld de IPPC-richtlijn of de richtlijn betreffende verbranding van afval niet. Ik ga er vanuit dat de strekking van de definitie van exploitant of operator in deze richtlijnen niet wezenlijk anders is vanwege de aan- of afwezigheid van de term doorslaggevende.

nen een rechtspersoon die activiteiten verricht waarop de desbetreffende Europese (milieu)richtlijnen betrekking hebben, valt. Te denken valt aan concernverhoudingen, waarbij de moedervernootschap als enig of groot aandeelhouder (doorslaggevende) economische zeggenschap uitoefent over haar dochtervernootschap.<sup>53</sup>

Een bestuurder van een rechtspersoon zal meestal vallen onder de zinsnede ‘natuurlijk persoon of de privaatrechtelijke rechtspersoon die de activiteit verricht of heeft verricht, regelt of heeft geregeld’. Een bestuurder heeft immers, indien hij geen aandeelhouder van de vennootschap is, vaak geen economische zeggenschap binnen de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is.

De Nederlandse wetgever heeft dus de definitie uit de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid letterlijk vertaald opgenomen in de Wm. Dit om discrepantie tussen nationale begrippen en begrippen uit de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid te voorkomen.<sup>54</sup> Gevolg is dat de implementatiewetgeving in de Wm spreekt over ‘degene die de activiteit verricht’ (zie daarover ook par. 2.2.3).<sup>55</sup> In de Memorie van Toelichting bij de implementatiewetgeving wordt het volgende opgemerkt over dit begrip:

“Niet uit de richtlijn overgenomen is het begrip “exploitant”. In het kader van titel 17.2 wordt “exploitant” telkens omschreven als “degene die een activiteit verricht”. Bij de implementatie van het begrip “exploitant”, dat ook in andere milieurichtlijnen wordt gebruikt, is aangesloten bij vergelijkbare omschrijvingen in de Wet milieubeheer, zoals “degene die een activiteit onderneemt” in hoofdstuk 7, “degene die de inrichting drijft” in de hoofdstukken 8 en 12 en “degene die” nader in hoofdstuk 10 genoemde handelingen verricht. Met deze andere omschrijving is enkel betoogd om aan te sluiten bij het bestaande taalgebruik in de Wm en uitdrukkelijk niet om een andere betekenis te geven. De begripsomschrijving van “degene die een activiteit verricht” is dus volledig ontleend aan de begripsomschrijving van “exploitant” (artikel 2, zesde lid, van de richtlijn). De categorie van aansprakelijk te stellen actoren is ruim genomen: als “degene die een activiteit verricht” kan niet slechts de *feitelijke actor*, dat is degene die fysieke handelingen verricht, of de *juridische actor*, dat is degene aan wie de publiekrechtelijke toestemming is verleend, worden aangesproken. (...) Naar Nederlands recht is blijkens de jurisprudentie (die wordt over-

53 Bergkamp merkt hierover het volgende op: “Unfortunately, this definition raises the same problem that the US Superfund regime creates, albeit to a more limited degree. The definition covers also persons that are not normally regarded as operators and do not exercise any operational control. First, the definition refers to the person who ‘controls’ the operation, in addition to the actual operator. Presumably, this element had been added to allow the government to assert claims not only against the actual operator, but also against third parties, such as affiliated corporations, in particular parent companies, who are deemed ‘in control’. By extending the operator definition in this manner, the ELD creates opportunities for some form of ‘corporate veil piercing’. In light of the ELD’s operator definition, parent corporations have a strong incentive not to be deemed to be ‘controlling’ the activities of their subsidiaries. Thus, they will have an incentive to discontinue corporate environmental and health programs and compliance auditing.” Zie L. Bergkamp, ‘The European Environmental Liability Directive and its Effects on Industry and the Economy’, in: R. Mellenbergh & R. Uylenburg, *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005, p. 112.

54 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 920, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 28-29.

55 Art. 17.6 Wm, zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A.

genomen in het wetsvoorstel Vierde Tranche Awb, Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 2)<sup>56</sup> ook de zogenaamde *functionele actor* aansprakelijk. De functionele actor is degene die verantwoordelijk wordt gehouden voor de milieuschade, omdat hij in een bijzondere gezagsverhouding tot de (al dan niet inrichtingsgebonden) actor of activiteit staat, m.a.w. omdat hij zodanige zeggenschap heeft over de bedrijfsactiviteiten dat het in zijn (beschikkings)macht ligt om de schadeveroorzakende activiteiten te (doen) beëindigen. Bedoelde gezagsverhouding ligt dicht aan tegen het richtlijn criterium van economische zeggenschap en is ruimer dan het binnen het (milieu)strafrecht gehanteerde “functionele daderschap”, dat werkt met de criteria van beschikkingsmacht en aanvaarding. Voor het opleggen van een last tot het treffen van preventieve of herstelmaatregelen is immers niet vereist dat “degene die de activiteit verricht” een verwijt gemaakt kan worden. Op degene die feitelijke, juridische of economische beschikkingsmacht heeft over de betrokken activiteit of gebeurtenis, kunnen de kosten voor preventieve of herstelmaatregelen worden verhaald.”<sup>57</sup>

Het onderscheid tussen ‘diegene die de activiteit verricht’ in art. 17.6 Wm en de ‘drijver van de inrichting’ in art. 8.20 Wm is in beginsel dus niet heel groot te noemen. Met dien verstande dat art. 17.6 Wm, evenals de hiervoor genoemde Europese milieurichtlijnen, spreekt over ‘(doorslaggevende) economische zeggenschap’ over het technisch functioneren van de activiteiten. De (doorslaggevende) economische zeggenschap zal echter meestal uit een organisatorische, rechtspersoonrechtelijke of contractuele binding voortvloeien.

#### *Vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid?*

Naar aanleiding van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid stelt *Betlem* dat deze richtlijn, evenals andere Europese milieurichtlijnen, geen directe doorbraak van aansprakelijkheid, en dus ook geen vereenzelviging van verschillende rechtspersonen in de traditionele ondernemingsrechtelijke context bewerkstelligt (zie daarover par. 8.3.3). De moedermaatschappij is uit eigen hoofde, als exploitant, aansprakelijk onder de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid. Er is daarom volgens *Betlem* een belangrijk en essentieel onderscheid te maken tussen enerzijds de zeggenschap over een andere rechtspersoon voortvloeiende uit rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, en anderzijds de zeggenschap over de door die andere rechtspersoon verrichtte activiteiten die onder de desbetreffende milieurichtlijn vallen.<sup>58</sup>

56 Bij de Memorie van Toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, wordt op p. 78-79 opgemerkt: “Artikel 5.0.1., tweede lid, merkt als overtreder aan degenen die de overtreding plegen of medeplegen. Uitgangspunt is, net als in het strafrecht, dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene of degenen, die de gedraging “pleegt” of “plegen”. (...) Kort gezegd: in het strafrecht kan een sanctie niet alleen worden opgelegd aan degene die de gedraging in fysieke zin verricht, maar ook door degene die daarvoor maatschappelijk gezien verantwoordelijk is. (...) In het bestuursrecht behoort dit niet anders te zijn.” En op p. 80 leest men: “Uit het voorgaande volgt, dat als overtreder kan worden aangemerkt degene tot wie de overtreden norm zich richt en die de overtreding – al dan niet “functioneel” – pleegt of medepleegt.”

57 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 920, nr. 3, Memorie van Toelichting, p. 28-29.

58 G. Betlem, ‘De rol en betekenis van ‘exploitant-aansprakelijkheid’, *TMA* 2005/5, p. 173.

Ik ondersteun deze stelling van *Betlem*. Er mag op grond van deze Europese milieuriichtlijnen niet worden uitgegaan van – zoals dit in de civielrechtelijk literatuur en jurisprudentie wordt genoemd – een algehele vereenzelviging (of: directe doorbraak van aansprakelijkheid; of: lifting/piercing the corporate veil) van de dochtervennootschap met de moedermaatschappij. Er is alleen sprake van een persoonlijke aansprakelijkstelling of verantwoordelijkstelling van de moedermaatschappij ten aanzien van bepaalde milieuvervuilende bedrijfsactiviteiten. *Betlem* merkt daarover op bij zijn bespreking van de Texaco-uitspraak van het Europese Hof:<sup>59</sup>

“Van belang hierbij is een scherp onderscheid te maken tussen zeggenschap over de dochtermaatschappij als rechtspersoon en zeggenschap over de vervuilende gedragingen van de dochter. Het eerste speelt een rol in het kader van de doorbraak van aansprakelijkheid onder traditionele beginselen terwijl het tweede van belang is voor de reikwijdte van het begrip ‘exploitant’ (naar analogie met een begrip als ‘houder’ uit de Afvalstoffenrichtlijn).”<sup>60</sup>

De term ‘(doorslaggevende) economische zeggenschap’ kan, naast aandeelhouders, in theorie ook betrekking hebben op kredietverschaffers, bijvoorbeeld banken die zijn betrokken bij de financiering van activiteiten verricht binnen de onderneming/inrichting.<sup>61</sup> De vraag is dan wanneer er sprake is van ‘(doorslaggevende) economische zeggenschap over het technisch functioneren van de activiteit’ van de kredietverschaffer over de ‘facility’ (inrichting) van de lener. Kredietverschaffers worden in Nederland in het algemeen niet als drijver van de inrichting gedreven door de lener, of als overtreder van overtredingen begaan in de onderneming/inrichting van de lener, beschouwd. Het verstrekken van een lening/krediet bewerkstelligt niet dat de kredietverschaffer het in zijn macht heeft om bepaalde milieuovertredingen, begaan door de lener, te beëindigen. Dit zal alleen anders kunnen zijn indien de kredietverschaffer zich daadwerkelijk bezig houdt met de bedrijfsvoering van de lener en daar een bepaalde zeggenschap over heeft, zodat hij het tevens in zijn macht heeft om de overtredingen te voorkomen of ongedaan te maken. Ondenkbaar is deze situatie dus niet.

In de Verenigde Staten heeft de angst van kredietverschaffers om aansprakelijk te kunnen worden gesteld als operator van een facility (primaire) gedreven door de lener onder bepaalde federale milieuwetgeving (CERCLA) er in de jaren '90 van de twintigste eeuw overigens toe geleid dat er ten aanzien van kredietverschaffers een uitzonderingsbepaling is opgenomen in CERCLA. Of een dergelijke uitzonderingsbepaling ook in Nederland en binnen de Europese Unie nodig en wenselijk is, wordt bediscussieerd in par. 8.5.7.

<sup>59</sup> Zie over deze uitspraak ook par. 3.5.3.

<sup>60</sup> G. Betlem, ‘De rol en betekenis van ‘exploitant-aansprakelijkheid’, *TMA* 2005/5, p. 174.

<sup>61</sup> Vergelijk G. Betlem, ‘De rol en betekenis van ‘exploitant-aansprakelijkheid’, *TMA* 2005/5, p. 173 en L. Bergkamp, R. Hunter en T.T. Smith, ‘Managing environmental liability risks in European business transactions’, *TMA* 1996/4, p. 78-79.



Kortom, de Europese milieuriichtlijnen houden de mogelijkheid van het verantwoordelijk kunnen houden van bestuurders, enig of groot aandeelhouders en zelfs kredietverschaffers zoals banken van de exploiterende/drijvende rechtspersoon open. *Betlem*<sup>62</sup> trekt in dit kader een parallel met het Texaco-arrest van het Europese Hof van Justitie, op welke uitspraak ook in par. 3.5.3 is ingegaan.<sup>63</sup> In die uitspraak bepaalde het Europese Hof van Justitie dat bepaalde omstandigheden (vast te stellen door de nationale rechter) kunnen leiden tot de conclusie dat ook een olieproducerende maatschappij – naast de benzinepomphouder – kan worden aangeduid als houder van waste (afvalstoffen) in de zin van de Afvalstoffenrichtlijn. In het Texaco-arrest was sprake van een grote mate van zeggenschap van de oliemaatschappij en toeleverancier Texaco over de bedrijfsvoering van de benzinepomphouder – de aanwezigheid van een exploitatieovereenkomst tussen Texaco en de pomphouder, het ter beschikking stellen van het terrein door Texaco aan de pomphouder, et cetera – zodat de nationale rechter volgens het Europese Hof van Justitie kon oordelen dat Texaco als houder van waste in de zin van de Afvalstoffenrichtlijn was te beschouwen. *Betlem* stelt dat dit houderschap in de zin van de Afvalstoffenrichtlijn ook met zich kan brengen dat een moedermaatschappij – gezien haar zeggenschap via haar aandeelhouderschap en wellicht ook via haar bestuurderspositie in haar dochtervennootschap – houder van afvalstoffen in de zin van de Afvalstoffenrichtlijn kan zijn van afvalstoffen die feitelijk worden gehouden door haar dochtervennootschap. De moedermaatschappij kan dan verantwoordelijk worden gehouden voor de verwijdering van de afvalstoffen.

#### 8.2.3 *Verantwoordelijkheden van bestuurders van rechtspersonen voortvloeiende uit de Wbb*

In de Wet bodembescherming wordt in art. 63k en art. 46 Wbb aanknopings gezocht bij rechtspersoonrechtelijke zeggenschapsverhoudingen. Vanwege de invoering van art. 55b Wbb per 1 januari 2006 zal art. 46 Wbb van geen belang meer zijn voor bedrijfsterreinen als bedoeld in art. 55a Wbb. Wat de sanering van waterbodems (art. 63k Wbb) betreft geldt art. 55b Wbb niet, zodat de in art. 63k lid 1 Wbb genoemde uitzonderingsgronden ook voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van grond toepasselijk.

Op grond van art. 63k lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb kan de eigenaar of erfpachter – ter afwering van het opleggen van een saneringsbevel door het bevoegd gezag – stellen dat hij ‘onschuldig’ is ten aanzien van de waterbodemverontreiniging indien hij voldoet aan drie cumulatieve uitsluitingsgronden<sup>64</sup> opgesomd in art. 63k

62 G. Betlem, ‘De rol en betekenis van ‘exploitant-aansprakelijkheid’, *TMA* 2005/5, p. 173-174.

63 Europees Hof van Justitie, uitspraak 7 september 2004, zaak C-1/03.

64 Zie over deze drie uitsluitingsgronden ook onder andere P.C.M. Heinen en H.E. Woldendorp, ‘Het bodemsaneringsbevel’, *De Gemeentestem* no. 7019 en no. 7012, p. 553-560 en p. 594-602, P. Klik, ‘Het eerste saneringsbevel’, *TMA* 1998/4, p. 103-110 en C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 167-187. Opmerking verdient →

lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb.<sup>65</sup> De eerst genoemde uitsluitingsgrond (onder a) is van belang voor ten aanzien van bestuurdersposities en concernverhoudingen. Deze uitsluitingsgrond bepaalt dat een onschuldig eigenaar of erfpachter in de zin van art. 63k lid 1 en art. 46 lid 1 Wbb gedurende de periode waarin de vervuiling is veroorzaakt géén duurzame rechtsbetrekking mag hebben gehad met de veroorzaker(s) van die vervuiling.<sup>66</sup> Het gaat dan met name om de vraag of de nieuwe eigenaar of erfpachter ten tijde van de verontreiniging invloed had kunnen uitoefenen op de activiteiten verricht door de veroorzaker van de bodemverontreiniging, en daarom de bodemverontreiniging had kunnen voorkomen of ongedaan had kunnen maken.<sup>67</sup> De term duurzame<sup>68</sup> rechtsbetrekking ziet volgens de Parlementaire Geschiedenis bij deze wetsartikelen ook op zakenrechtelijke verhoudingen, zoals het erfpachtrecht en het opstalrecht, en op verbintenisrechtelijke verhoudingen, zoals huurovereenkomsten.<sup>69</sup>

Ten tijde van de invoering van dit wetsartikel is bij de term duurzame rechtsbetrekking door de wetgever ook gedacht aan “verhoudingen waarbij invloed kon worden uitgeoefend op de besluitvorming bij de veroorzaker(s) van de verontreiniging, bijvoorbeeld als directe of indirecte meerderheidsaandeelhouder dan wel via een andere juridische constructie”.<sup>70</sup> Indien de nieuwe eigenaar of erfpachter ten tijde van de verontreinigende handelingen bestuurder of enig of meerder-

---

nog dat in art. 63k lid 1 onder a Wbb de uitsluitingsgrond ten aanzien van waterbodems verder is verruimd ten opzichte van art. 46 lid 1 Wbb. Zie art. 63k lid 1 onder a, punt 2 Wbb: “dat de duurzame rechtsbetrekking met de veroorzaker slechts bestond uit het in gebruik geven van grond, en de verontreiniging is veroorzaakt door een lozing die niet in strijd was met de voorschriften, gesteld bij of krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, dan wel door een lozing waarvan de waterkwaliteitsbeheerder op de hoogte was of redelijkerwijze op de hoogte had moeten zijn.” Zie ook par. 3.3.4.

65 *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30: “De vereisten zijn zo geformuleerd, dat de betrokkene zelf een voldoende gemotiveerd beroep op de clause moet doen om aan een saneringsbevel te ontkomen.”

66 Het begrip duurzame rechtsbetrekking komt ook weer terug in art. 17 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering. Zie daarover hoofdstuk 3.

67 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24: “Het moet immers gaan om een rechtsbetrekking die relevant is (geweest) voor het ontstaan van de bodemverontreiniging. Bij het ter beschikking stellen van de grond is dat gegeven. In het geval van andere rechtsbetrekkingen wordt met het gebruik van de term ‘duurzaam’ mede benadrukt dat het moet gaan om een rechtsbetrekking die relevant is (geweest) voor het ontstaan van bodemverontreiniging. De mogelijkheid moet (hebben) bestaan om op basis van de rechtsbetrekking de veroorzaking van de verontreiniging te beïnvloeden.”

68 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24: “Met de term ‘duurzaam’ wordt beoogd te voorkomen dat de eigenaar die in een ver verleden – zonder dat hij zich van de bodemverontreiniging bewust was of behoefde te zijn – het perceel gekocht heeft van de veroorzaker, reeds om die reden geen beroep op de uitsluitingsgronden kan doen.”

69 *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

70 Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 15: “Hij [de landsadvocaat, RM] stelde als criterium voor, dat de eigenaar ‘geen directe of indirecte betrokkenheid heeft gehad bij de veroorzaking van de verontreiniging’ en hij ‘gedurende de periode waarin de verontreiniging is veroorzaakt geen duurzame rechtsbetrekking heeft gehad met de veroorzaker(s)’. Met ‘duurzame rechtsbetrekking’ worden onder andere bedoeld overeenkomsten, waarbij het gaat om de beschikbaarheid en het gebruik van de onroerende zaak, om zakelijke en persoonlijke relaties en op verhoudingen waarbij invloed kon worden uitgeoefend op de besluitvorming bij de veroorzaker(s) van de verontreiniging, bijvoorbeeld als directe of indirecte meerderheidsaandeelhouder dan wel via een andere juridische constructie. In lijn met het advies van de landsadvocaat zal artikel 27d, vijfde lid, van het wetsvoorstel 21 556 [thans artikel 46 lid 1 Wbb, RM] bij nota van wijziging in bovenbedoelde zin worden aangepast.”

heidsaandeelhouder was van de veroorzakende rechtspersoon en daarom in een bepaalde mate invloed kon of had kunnen uitoefenen op het handelen van de veroorzakende rechtspersoon, kan hij zich niet disculperen op grond van art. 63k lid 1 (a) en art. 46 lid 1 (a) Wbb.<sup>71</sup> Er zal door de rechter moeten worden gekeken naar de te objectiveren mogelijkheid van de betrokkene om invloed op het beleid binnen de veroorzakende rechtspersoon te kunnen uitoefenen. Of er sprake is van daadwerkelijke beïnvloeding van de betrokkene ten aanzien van de verontreinigende handeling, hoeft volgens de minister van VROM niet door het bevoegd gezag te worden aangetoond.<sup>72</sup> Het gaat volgens de minister van VROM om de theoretische mogelijkheid om invloed uit te kunnen oefenen op het handelen van de veroorzakende rechtspersoon, waarbij het niet van belang is of in een bepaalde mate een verwijt kan worden gemaakt aan de betrokkene, namelijk het verwijt dat hij die invloed niet heeft uitgeoefend.<sup>73</sup>

Het voormelde standpunt van de minister van VROM kan, gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad in geval van kostenverhaal naar aanleiding van bodemsanering uitgevoerd door de overheid (zie daarover par. 3.4), misschien in rechte worden aangevochten. De betrokkene zal kunnen betogen dat ten minste sprake moeten zijn van de omstandigheid dat aan hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Dit verwijt zal dan inhouden dat de betrokkene de tot zijn beschikking staande mogelijkheden tot beïnvloeding van het gedrag van de veroorzakende rechtspersoon niet heeft aangewend ter voorkoming van de bodemverontreiniging.<sup>74</sup> Echter, de minister van VROM heeft destijds duidelijk aangegeven dat er niet een bepaalde mate van verwijt aan de betrokkene hoeft te worden gemaakt. Dus waarschijnlijk is een dergelijk betoog in dit specifieke geval niet erg kansrijk bij de rechter.

Aan welke situaties valt in geval van art. 63k lid 1 (a) Wbb en art. 46 lid 1 (a) Wbb dan wel te denken? Te denken valt aan omstandigheid waarin de betrokkene bijvoorbeeld op de hoogte was van de verontreinigende handelingen van de rechtspersoon, en hij vervolgens als enig of meerderheidsaandeelhouder het bestuur daarop had kunnen aanspreken of het bestuur had kunnen vervangen. Of hij had

<sup>71</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

<sup>72</sup> De minister stelde: "Ingeval van zeggenschap zal moeten worden gekeken naar de (te objectiveren) mogelijkheid van betrokkene om invloed uit te oefenen. Of ook daadwerkelijke beïnvloeding heeft plaats gevonden behoeft door het bestuursorgaan dat het bevel hanteert niet te worden aangetoond." Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 24.

<sup>73</sup> Zie *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 266d, p. 8-9, waar de minister van VROM stelt: "Het zou niet in de hiervoor – kort – weergegeven gedachtegang passen, indien men zou eisen dat betrokkene in meerdere of mindere mate een verwijt gemaakt zou moeten kunnen worden dat hij het ontstaan van de verontreiniging niet heeft voorkomen. Indien er sprake zou moeten zijn van een feitelijke invloed, zoals de leden [van de Eerste Kamer, RM] bedoelen, zal men in veel gevallen al kunnen spreken van (mede) veroorzaken van de verontreiniging. De stelling van de positie van de meerderheidsaandeelhouder kan door zijn algemene karakter niet worden onderschreven. Het gaat immers om de binnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen bestaande mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de gang van zaken binnen de betreffende onderneming." Zie tevens over deze kwestie ook C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 34-36 en p. 170.

zelf als bestuurder actie kunnen ondernemen, maar heeft dat verwijtbaar nagelaten. Bij een bepaalde mate van invloed op het handelen van de veroorzakende rechtspersoon moet met name worden gedacht aan een enig of in elk geval een groot of meerderheidsaandeelhouder met zeggenschap, dan wel een (enig) bestuurder met zeggenschap binnen (het bestuur van) de veroorzakende rechtspersoon. Indien er bijvoorbeeld sprake is van een bestuur bestaande uit vijf bestuurders, kan het alsnog voorkomen dat de bestuurder, aan wie later een saneringsbevel als eigenaar/erfpachter van de vervuilde (water)bodem wordt opgelegd, niet alleen een beslissing dienaangaande kon forceren, dan wel dat hij zich binnen het bestuur niet bezig hield met milieuzaken en met de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften.

### 8.3 Bestuurdersaansprakelijkheid in (algemene) ondernemings- en civielrechtelijke context

Het gaat te ver om in dit boek uitgebreid bij alle facetten van civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid stil te staan. Hierover is veel vakliteratuur beschikbaar,<sup>75</sup> en deze aansprakelijkstelling is onderwerp van discussie geweest in vele gerechtelijke procedures. In deze paragraaf zullen in vogelvucht de algemene regels en ontwikkelingen op dit gebied worden besproken. Dit overzicht is van belang in verband met de in par. 8.4 te beantwoorden onderzoeksvragen.

#### 8.3.1 *Interne bestuurdersaansprakelijkheid*

Er valt bij bestuurdersaansprakelijkheid in de civielrechtelijke context een onderscheid te maken tussen enerzijds interne aansprakelijkheid, waarmee wordt bedoeld op aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de rechtspersoon waarvan hij bestuurder is. Anderzijds wordt gesproken over externe aansprakelijkheid, waarmee die situaties worden aangeduid waarin de bestuurder aansprakelijk is tegenover derden die schade hebben geleden voortvloeiende uit het handelen van de rechtspersoon en (indirect) van de bestuurder van die rechtspersoon. Vooral de laatste categorie is voor het onderwerp van dit onderzoek van belang. Meestal zullen immers derden – zoals de overheid of schadelijgende particuliere partijen – de rechtspersoon en/of de bestuurders van die rechtspersoon aanspreken.

---

<sup>74</sup> Zie evenzo C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 171.

<sup>75</sup> Onder andere: Asser-Maeijer, Deel 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 2000, p. 432-472, p. 498-505 en p. 958-972, H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer, vierde druk, 2006, serie *Recht en Praktijk* p. 67, P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 125-152 en J.B. Wezeman, *aansprakelijkheid van bestuurders* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 1998, p. 103-126 (p. 105-121 specifiek over milieuaansprakelijkheid).

De interne aansprakelijkheid van de bestuurder vloeit voort uit de aard van de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de rechtspersoon, en is wettelijk vastgelegd in art. 2:9 BW.<sup>76</sup> Er moet, kort gezegd, sprake zijn van een duidelijke tekortkoming in het handelen of nalaten van een bestuurder, waarbij de bestuurder ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.<sup>77</sup> Gezien de collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur bij de gang van zaken binnen de rechtspersoon, kan er in dat geval sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders, met andere woorden algehele aansprakelijkheid ten aanzien van de volledige schade voor iedere bestuurder die deel uitmaakt van het bestuur. De vraag wanneer sprake is van een zodanig ernstig verwijt dat de bestuurder aansprakelijk is op grond van art. 2:9 BW, valt in zijn algemeenheid niet goed te beantwoorden. Aan de omstandigheid van het geval komt groot belang toe, waarbij opmerking verdient dat niet heel snel sprake zal zijn van interne bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. *Dorresteijn* en *Huizink* stellen zich, met verwijzing naar de jurisprudentie op dit gebied, op het standpunt dat een bestuurder het wel 'uitermate bont' moet hebben gemaakt, wil hij aansprakelijk kunnen worden gesteld op grond van art. 2:9 BW.<sup>78</sup> Het betreft dan bijvoorbeeld situaties waarin sprake is van financiële malversaties die nadelig zijn geweest voor de vennootschap en haar aandeelhouders.

Art. 2:9 BW heeft dus geen betrekking op aansprakelijkheid van de bestuurder ten aanzien van de derden. Derden moeten de bestuurder op andere wijze aansprakelijk stellen, zie daarover de volgende paragrafen. In geval van interne aansprakelijkstelling van een bestuurder of de bestuurders van de rechtspersoon op grond van art. 2:9 BW, moet de rechtspersoon zelf de actie tegen de bestuurder(s) instellen. De interne hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder is afwezig, indien de desbetreffende bestuurder kan aantonen dat de tekortkoming niet aan hem is te verwijten, en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van de tekortkoming af te wenden.<sup>79</sup> *Hamers* en *Schwarz* geven nog een

76 Luidende: "Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden."

77 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 360 m.nt. Ma (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.3.1: "(...) Zoals het Hof en ook het onderdeel terecht tot uitgangspunt nemen, is voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of in een bepaald geval plaats is voor een ernstig verwijt als hier bedoeld, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder meer de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult."

78 *De Groene Serie Privaatrecht*, Rechtspersonen, Boek 2 BW, Titel 1 Algemene Bepalingen, Artikel 9, Aantekening 4a (Onbehoorlijk bestuur), bewerkt door J.B. Huizink, bijgewerkt tot en met 1 mei 2005.

79 Onder andere: Asser-Maeijer, Deel 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 2000, p. 433-434 en P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 138-142.

aantal voorbeelden waarbij sprake zou kunnen zijn van interne aansprakelijkheid van bestuurders jegens de rechtspersoon waarvan zij bestuurder zijn vanwege veroorzaakte milieuverontreiniging.<sup>80</sup>

Het criterium van een ernstig verwijt kan, in de woorden van *Van Schilfgaarde/Winter*, worden gezien als een geobjectiveerde behoorlijkheidsnorm.<sup>81</sup> Het criterium van ernstig verwijt sluit aan bij het criterium opzet of bewuste roekeloosheid<sup>82</sup> zoals gehanteerd in geval van aansprakelijkheid van een werknemer.<sup>83</sup> Ook een bestuurder is veelal werknemer van de rechtspersoon.<sup>84</sup> Volgens *Van Schilfgaarde/Winter* zal echter de term ernstig verwijt in het algemeen in geval van interne bestuurdersaansprakelijkheid het leidende criterium

---

80 J.J.A. Hamers en C.A. Schwarz, 'Milieuschade en aansprakelijkheid: de positie van bestuurders van kapitaalvennootschappen', *Tijdschrift SV & V* 2003-1, p. 25-26: "Zoals elke schade, zal ook de schade die de vennootschap, samenhangend met een milieucclaim, lijdt op de bestuurder(s) kunnen worden verhaald, wanneer de aldus ontstane schade is te wijten aan het verwijtbaar niet naar behoren functioneren van de bestuurder(s). Men denke bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bestuurder een overname van een ander bedrijf realiseert en daarbij tekortschiet in het doen verrichten van milieuonderzoek. Zodanige verkrijging kan leiden tot een aansprakelijkheidstelling van de vennootschap op basis van publiekrechtelijke regelingen, bijvoorbeeld leidend tot de verplichting tot sanering van de grond over te gaan. Ook indien het niet zover komt, zou de consequentie kunnen zijn dat de aangekochte grond, door de aanwezige vervuiling, een aanmerkelijk lager liggende waarde blijkt te hebben. Indien er, in het kader van het ontstaan van deze schade, sprake is van een verwijtbaar tekortschieten van de bestuurder, kan de vennootschap de bestuurder(s) aansprakelijk stellen tot vergoeding van de geleden schade. Uiteraard zijn er vele andere voorbeelden van door de vennootschap geleden schade in verband met een milieucclaim te noemen. Men kan bijvoorbeeld denken aan de situatie (...) waarin de vennootschap vervuiling van het eigen en belendende perceel heeft veroorzaakt en vervolgens voor de aldus geleden schade met succes aansprakelijk wordt gesteld. (...) Wij zouden willen aannemen dat een mogelijke interne aansprakelijkheid van bestuurders op basis van het gevoerd milieubeleid in zijn algemeenheid niet door de decharge wordt geraakt. Het is niet gebruikelijk om in dat kader bijvoorbeeld in het jaarverslag, milieubevindingen, en met name potentiële milieurisico's, te vermelden. Ten aanzien van ondernemingen die op basis van de Wet Milieujaarverslag jaarlijks een milieuraapportage opstellen en ter hand stellen van de algemene vergadering, kan worden verdedigd dat, wanneer een decharge op expliciete wijze wordt verleend, deze decharge zich tevens uitstrekt tot het aan de algemene vergadering gerapporteerde milieubeleid."

81 P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 139-140.

82 Art. 7:611 BW en bijvoorbeeld HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 539.

83 Een bestuurder van een rechtspersoon kan jegens de rechtspersoon ook aansprakelijk zijn uit hoofde van de verplichtingen voortvloeiende uit zijn arbeidsovereenkomst. Zie daarover bijvoorbeeld J.J.A. Hamers en C.A. Schwarz, 'Milieuschade en aansprakelijkheid: de positie van bestuurders van kapitaalvennootschappen', *Tijdschrift SV & V* 2003-1, p. 24, alwaar zij opmerken: "De bestuurder, die als werkgever verwijtbaar milieuschade veroorzaakt, kan bovendien jegens de werkgever aansprakelijk zijn op grond van schending van verplichtingen die uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeien, welke schendingen hem ernstig verweten kunnen worden en door welke schendingen de rechtspersoon schade lijdt."

84 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 6 (Moonen), r.o. 3.2: "(...) In de tweede plaats wordt terecht aangevoerd dat, indien moet worden aangenomen dat M. het kasgeld zelf onder zich had, hij als bestuurder van M. BV alleen aansprakelijk is voor het verdwijnen van dat geld in geval van ernstige verwijtbaarheid. Voorzover moet worden aangenomen dat aan M. als werknemer van M. BV wordt verweten dat het kasgeld is verdwenen, voert het onderdeel terecht aan dat M. in beginsel jegens zijn werkgever daarvoor slechts aansprakelijk is in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. Nu het Hof omtrent dit een en ander niets heeft overwogen, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel heeft het Hof zijn beslissing niet voldoende met redenen omkleed." Zie ook Asser-Maeijer, Deel 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 2000, p. 436.

zijn. Dit criterium leidt eerder tot aansprakelijkheid voor de bestuurder dan het criterium opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>85</sup>

### 8.3.2 *Externe bestuurdersaansprakelijkheid; indirecte doorbraak van aansprakelijkheid*

#### *Algemeen*

Dan nu de, voor dit onderwerp van onderzoek, belangrijke externe persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen. Dit betreft de aansprakelijkstelling van een bestuurder van een rechtspersoon door derden (waaronder de overheid) op grond van de onrechtmatige daad. Belangrijk, omdat juist vaak schadelijgende derden bestuurders aansprakelijk zullen willen stellen vanwege (vermeend) onrechtmatig handelen, bijvoorbeeld vanwege het veroorzaken van vermogensschade, voortvloeiende uit milieuverontreiniging. Schuldeisers van de rechtspersoon, bijvoorbeeld de bodemsanerende overheid en andere vanwege het handelen of nalaten van de bestuurder gedupeerde derden, kunnen onder omstandigheden de bestuurder aansprakelijk stellen. De door derden geleden vermogensschade vloeit bijvoorbeeld voort uit de vervuiling van een perceel grond, of uit de aantasting van gewassen via vervuild grond- of oppervlaktewater. De onrechtmatigheid hoeft overigens niet altijd te liggen in het doen veroorzaken van verontreiniging, maar kan ook voortkomen uit het nalaten van het nemen van bepaalde maatregelen of beslissingen.<sup>86</sup>

#### *Het criterium van persoonlijk verwijt*

In geval van externe indirecte aansprakelijkstelling van de bestuurder van de rechtspersoon moet de bestuurder persoonlijk onrechtmatig hebben gehandeld of nalatig zijn geweest ten opzichte van een derde, zodat aan hem persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van een bepaalde handeling of van een bepaald nalaten dat vermogensschade bij een derde heeft veroorzaakt. Er is dan ook – in tegenstelling tot de hiervoor beschreven zogenaamde interne aansprakelijkstelling van

85 P. van Schilfgaarde, bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 140. Dorrestein en Huizink stellen dat er niet veel verschil zit tussen deze twee terminologieën: "Betwijfeld mag worden of er veel licht zit tussen enerzijds de norm ernstige verwijtbaarheid en anderzijds de norm opzet of bewuste roekeloosheid. Gelet op het feit dat het intreden van beider vormen van aansprakelijkheid de omstandigheden van het geval een doorslaggevende rol spelen gaan wij ervan uit dat niet erg aannemelijk is dat een bestuurder/werknemer wel jegens de vennootschap aansprakelijk kan zijn op grond van art. 9 en niet ex art. 7:661 BW en omgekeerd." *De Groene Serie Privaatrecht*, Rechtspersonen, Boek 2 BW, Titel 1 Algemene Bepalingen, Artikel 9, Aantekening 4 (Behoorlijke vervulling), bewerkt door J.B. Huizink, bijgewerkt tot en met 1 mei 2005.

86 Zie over de aansprakelijkheid ten aanzien van het nalaten in het ondernemingsrecht ook W.J.M. van Andel, 'Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/2, p. 50-55, J.S. Kortmann, 'Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten', *Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/10/11, p. 384-388 en W.J.M. van Andel, 'Naschrift bij de reactie van mr. J.S. Kortmann', *Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/10/11, p. 388-390.

bestuurders ten aanzien van de rechtspersoon (art. 2:9 BW) – geen sprake van collectieve bestuursaansprakelijkheid waarvoor iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is.<sup>87</sup> De desbetreffende bestuurder zal op grond van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) persoonlijk aansprakelijk moeten worden gesteld door de derde. Externe bestuurdersaansprakelijkheid betreft derhalve niet de aansprakelijkstelling voor het handelen of nalaten dat alleen aan de rechtspersoon kan worden toegerekend, maar juist aansprakelijkheid voor het handelen of nalaten dat voortkomt uit persoonlijk verwijtbaar handelen of nalaten van de verantwoordelijke bestuurder waardoor vermogensschade bij een derde is ontstaan. Dit persoonlijk aan de bestuurder te maken verwijt moet juridisch als voldoende ernstig zijn te kwalificeren.<sup>88</sup> Daarbij zal een bepaalde wetenschap met betrekking tot het onrechtmatig handelen bij de bestuurder aantoonbaar moeten zijn.<sup>89</sup> De bewijslast van deze wetenschap rust in beginsel op de wederpartij, en niet op de bestuurder zelf. In beginsel, aangezien er omstandigheden denkbaar zijn waarin de bewijslast toch op de bestuurder rust.<sup>90</sup> De wetenschap van de bestuurder moet aan de hand van alle omstandigheden van het geval worden vastgesteld, in die zin dat de bestuurder weet of redelijkerwijs had behoren te begrijpen dat een bepaald handelen of nalaten onrechtmatig is of kan zijn ten opzichte van een daardoor schade-lijdende derde.

Een bijzonder voorbeeld van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een BV, bijzonder aangezien dit soort van persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een rechtspersoon met betrekking tot milieuschade niet vaak voor komt in de Nederlandse jurisprudentie, op grond van onrechtmatige daad vanwege de verontreiniging van bodem en grondwater, geeft

---

87 Zie HR 8 januari 1999, *NJ* 1999, 318, m.nt. Ma (Pelco/Sturkenboom).

88 HR 18 februari 2000, *NJ* 2000, 295, m.nt. Ma (Oosterhof), r.o. 3.4.1: “ (...) In deze zaak doet zich evenwel een andere situatie voor, namelijk de situatie dat aan Oosterhof als bestuurder wordt verweten te hebben bewerkstelligd of toegelaten dat de door hem bestuurd vennootschap een eerder door haar aangegane overeenkomst niet nakomt en daardoor aan de wederpartij van de vennootschap schade berokkent. Ook in een dergelijk geval kan weliswaar sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van onrechtmatig handelen (vgl. HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, 251), maar zal het van de concrete omstandigheden van het geval afhangen of het aan de bestuurder te maken verwijt voldoende ernstig is om hem persoonlijk aansprakelijk te houden.” Zie ook H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer, vierde druk, 2006, serie *Recht en Praktijk* 67, p. 162-170.

89 HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, m.nt. Ma (Blok/De Haan), waarin de Hoge Raad het oordeel van het Gerechtshof te Leeuwarden in r.o. 9 in stand liet: “In beginsel dient de aansprakelijkheid van de directeur van een besloten vennootschap uit hoofde van onrechtmatig handelen niet te worden uitgesloten, indien hij in die hoedanigheid namens de vennootschap een overeenkomst aangaat, terwijl hij ten tijde van het sluiten daarvan wist of er niet aan behoefde te twijfelen dat de vennootschap niet aan zijn verplichtingen zal (kunnen) voldoen en dat de vennootschap geen verhaal zal bieden.” [Cursivering RM]

90 HR 10 juni 1994, 1994, 766, m.nt. Ma, (Romme/Bakker) r.o. 3.6.2: “Bij de beoordeling van deze onderdelen moet worden vooropgesteld dat (...) zich niettemin gevallen kunnen voordoen waarin het zo zeer voor de hand ligt dat degeen die de volledige zeggenschap had over de vennootschap, wordt belast met het bewijs dat hij ten tijde van het aangaan van de door de vennootschap niet nagekomen overeenkomst wist noch behoorde te weten dat zij niet zou kunnen nakomen en evenmin verhaal zou bieden, dat, indien de rechter niettemin de verhaal zoekende eiser belast met het bewijs van het tegendeel, hij behoort te preciseren welke bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen.”



een uitspraak van het gerechtshof te Leeuwarden van 24 januari 1996.<sup>91</sup> Het gerechtshof oordeelde in deze zaak als volgt:

“8. Volgens vaste rechtspraak wordt vanaf 1 januari 1975 bij (de leidinggevend(en) van) ondernemingen, welke activiteiten met vervuilende stoffen ontplooi(en), bekendheid verondersteld aangaande het gevaar van verontreiniging van bodem en grondwater door die stoffen, alsook aangaande de mogelijke onrechtmatigheid van het ontplooi(en) van dergelijke activiteiten en het mogelijk voor de overheid daardoor opkomen van vermogensnadeel in de vorm van saneringskosten. Eveneens volgens vaste rechtspraak kan het sedert 1 januari 1975 ontplooi(en) van dergelijke activiteiten, indien ook aan de overige vereisten welke artikel 1401 oud BW stelt, is voldaan, jegens de Staat aansprakelijkheid meebrengen van de veroorzaker van verontreiniging van bodem en grondwater op het punt van kosten, gemaakt en te maken door de overheid wegens onderzoek en sanering van die bodem en dat grondwater. Aangezien het bedrijf van Greidanus en Greidanus B.V. sedert 1977 in werking is en van de aanvang af dezelfde activiteiten heeft ontplooid, wordt aldus in casu in beginsel aan die eisen, waaronder met name het relativiteitsvereiste, voldaan. (...)”

10. Om Greidanus als leidinggevende van een onrechtmatig gehandeld hebbende onderneming casu quo vennootschap persoonlijk verantwoordelijk en aansprakelijk te kunnen houden, dient sprake te zijn van persoonlijke verwijtbaarheid van Greidanus. Aangenomen moet worden, dat Greidanus in de betreffende kleine onderneming, welke aanvankelijk voor rekening van hemzelf, respectievelijk nadien voor rekening van Greidanus B.V. werd gedreven, precies wist wat er omging en derhalve ook wist dat in de onderneming milieuvervuilende handelingen plaatsvonden. Voorzover Greidanus dit uit dien hoofde niet dadelijk wist moet deze wetenschap hem hebben bereikt, toen hem de diverse rapporten in verband met het niet-naleven van de voorwaarden van de hinderwetvergunningen onder ogen kwamen. Door ter zake praktisch stil te zitten en niet in te grijpen, waar noodzaak, bevoegdheid en mogelijkheid tot ingrijpen bestond is Greidanus in casu persoonlijk verwijtbaar te houden. Voorzover Greidanus er op mikt werknemers en werkrachten van buiten verantwoordelijk te houden voor verontreinigend handelen of nalaten, faalt dit betoog. Greidanus was immers als leidinggevende verantwoordelijk voor degenen, die hij namens de onderneming in het werk stelde en had er op toe te zien, dat de werknemers en werkrachten van buiten onder inachtneming van de relevante voorschriften zorgvuldig zouden werken.”

Persoonlijke aansprakelijkstelling van een bestuurder van een rechtspersoon voor milieuschade op grond van onrechtmatige daad vanwege een persoonlijk te maken verwijt aan de bestuurder, komt dus wel eens voor, zo blijkt uit deze uitspraak van het gerechtshof te Leeuwarden.<sup>92</sup> De omstandigheden van het geval zijn uiteraard

91 Hof Leeuwarden 24 januari 1996, *TMA* 1996/4, p. 88-90 (J. Greidanus). Zie voor de aansprakelijkheid van Greidanus B.V., Hof Leeuwarden 24 januari 1996, *TMA* 1996/4, p. 90-92 (Greidanus B.V.).

92 Zie over bestuurdersaansprakelijkheid in het kader van milieuschade tevens: J.J.A. Hamers en C.A. Schwarz, ‘Milieuschade en aansprakelijkheid: de positie van bestuurders van kapitaalvennootschappen’, *Tijdschrift SV & V* 2003-1, p. 21-31, J.B. Huizink, ‘Bestuurders van rechtspersonen milieu-aansprakelijkheid’, *De Naamloze Vennootschap* 72, 4 april 1994, p. 90-95, en J. Spier, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen’, *M&R* 1992/3, p. 130-137. Huizink merkt in zijn artikel op (p. 94): “Indien nu op het belangrijke terrein van de milieu-aansprakelijkheid een nogal vergaande vorm van risico-aansprakelijkheid wordt gecreëerd, gaat het niet aan om in dergelijke gevallen dan ook maar aan te nemen dat de leidinggevende, →

van groot belang voor het oordeel of dit persoonlijk aan de bestuurder van de rechtspersoon te maken verwijt ook juridisch als voldoende ernstig is te kwalificeren. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren, dat het bevoegd gezag alleen in geval van verhaalsacties een bestuurder van een rechtspersoon persoonlijk via de onrechtmatige daadsactie zal aanspreken. Vaak zal het kostenverhaal echter ook plaatsvinden via het bestuursrecht, namelijk via kostenverhaal op de (mede)overtreder, dat kan dus ook de bestuurder van de rechtspersoon zijn, na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang.

### *Raad van Commissarissen*

Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens een derde gepleegd door een commissaris is niet snel denkbaar. Dit omdat de rol van een commissaris binnen een vennootschap, te weten het houden van toezicht, een andere en beperktere is dan die van een bestuurder. Alleen indien de commissaris tekort schiet in zijn toezichthoudende taak, kan hij aansprakelijk worden gehouden.<sup>93</sup> De rol van de Raad van Commissarissen is echter, zoals gezegd (par. 8.2.1), sinds de invoering van de Nederlandse corporate governance code<sup>94</sup> wel verruimd. Om een commissaris met succes persoonlijk aansprakelijk te kunnen stellen op grond van onrechtmatige daad, zal er sprake moeten zijn van specifieke omstandigheden. Daarbij moet duidelijk zijn dat juist deze commissaris door middel van zijn handelen of nalaten vermogensschade bij een derde heeft laten ontstaan.

---

dat wil zeggen de bestuurders van de rechtspersoon, voor de milieuschade aansprakelijk zijn. Integendeel, ook hier geldt dat er, naarmate de risico-aansprakelijkheid voor de rechtspersoon toeneemt, des te meer voor pleit om ten aanzien van de secundaire aansprakelijkheid een zware norm te hanteren. Er moet sprake zijn van 'opzet' of 'bewuste roekeloosheid', van 'ernstige verwijtbaarheid'. Of daaraan voldaan is, hangt natuurlijk af van de omstandigheden van het geval." Met de term 'secundair' bedoelt Huizink in dit artikel overigens dat deze vorm van aansprakelijkheid een afgeleide is van de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf, zie p. 90 van zijn artikel. Spier gaat in zijn artikel uit 1992 in op (lagere) rechtspraak uit de periode eind jaren '80, begin jaren '90 van de twintigste eeuw. Hij merkt op: (p. 131) "Ook in milieuzaken wordt veelal aangenomen dat de directeur een persoonlijk verwijt gemaakt moet kunnen worden om hem aansprakelijk te achten. In een aantal uitspraken wordt overwogen dat aansprakelijkheid van de directie bestaat wegens het feitelijk leiding geven. Doch beziet men de jurisprudentie nader dan blijkt dat er, in het algemeen, niet lichtvaardig van persoonlijke aansprakelijkheid wordt uitgegaan." (p. 136 – 137) "Hiervoor is een impressionistische schets gegeven van een veel omvattend onderwerp. Daarbij bleek dat directeuren van vennootschappen geenszins tegen persoonlijke aansprakelijkheid zijn gevrijwaard. Nu behoeft dat geen groot bezwaar te zijn in al die gevallen waarin hun een wezenlijk verwijt kan worden gemaakt. De meeste gepubliceerde uitspraken lijken wel deze koers te varen. Daaraan doet niet af dat in een aantal daarvan een aansprakelijkheidsnorm wordt geformuleerd die (aanmerkelijk) strenger aandoet (...). Van groot belang lijkt om *in elk geval* ten aanzien van directeuren die persoonlijk worden aangesproken veeleisend te zijn waar het betreft beantwoording van deze vragen. Daartoe bestaat trouwens altijd goede grond: persoonlijke aansprakelijkheid behoort uitzondering te zijn, de sanctie op meer dan gewone fouten."

93 Zie bijvoorbeeld 28 juni 1996, *NJ* 1997, 58, m.nt. Ma (faillissement Bodam Jachtservice), r.o. 3.5: "(...) Dienaangaande moet worden vooropgesteld dat commissarissen niet zelf gehouden zijn de in art. 2:248 lid 2 bedoelde verplichtingen tot boekhouden en openbaar maken van de jaarrekening na te leven, ook niet als het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet, maar dat het wel hun taak is op de nakoming door het bestuur van die verplichtingen toezicht te houden. Daartoe zullen zij zich door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van deze verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder te schorsen of zijn ontslag te bevorderen. (...)"

94 De Nederlandse corporate governance code, Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen van de Commissie corporate governance (Code Tabaksblat).

### *Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement van de rechtspersoon*

In faillissementssituaties geldt een specifieke hoofdelijke bestuurdersaansprakelijkheid, met daarbij de omkering van de bewijslast ten nadele van de bestuurder, indien de vennootschap niet heeft voldaan aan de wettelijke administratie- of publicatieplicht.<sup>95</sup> Deze aansprakelijkstelling in faillissementssituaties kan ook tegen een feitelijk bestuurder worden ingesteld – dat wil zeggen een persoon die niet formeel bestuurder is maar wel feitelijk als bestuurder van de vennootschap optreedt – bijvoorbeeld indien hij zich intensief met het beleid binnen de vennootschap heeft bemoeid of allerlei initiatieven heeft genomen binnen de vennootschap.<sup>96</sup> De faillissementscurator initieert de procedure tegen de (oud-)bestuurder(s) van de gefailleerde rechtspersoon. Hij doet dat namens, en ten behoeve van, de faillissementsboedel. De vraag daarbij is of het bestuur of management (feitelijk bestuur) van de rechtspersoon zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en dat aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Zie over de faillissementssituatie en het milieurecht hoofdstuk 9.

#### 8.3.3 *Externe bestuurdersaansprakelijkheid: vereenzelviging (directe doorbraak van aansprakelijkheid) en concernrelaties*

Naast de hiervoor besproken externe bestuurdersaansprakelijkheid, waarbij de aansprakelijkheid van de bestuurder wordt gekoppeld aan het persoonlijke verwijt dat aan hem kan worden gemaakt, staat de directe doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid. In geval van een directe doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid spreekt men ook wel van vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid: om te bereiken dat een rechtspersoon medeaansprakelijk kan worden gehouden voor de schulden van een andere rechtspersoon, wordt voorbij gegaan aan de afzonderlijke juridische identiteit van deze rechtspersonen.<sup>97</sup> Het maakt voor een eisende crediteur bewijstechnisch wel uit of een bestuurder van een rechtspersoon al dan niet direct aansprakelijk kan worden gehouden. Voor het vaststellen van indirecte aansprakelijkheid moet, zoals hiervoor beschreven, immers worden aangetoond dat de bestuurder persoonlijk een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Ingeval van ver-

<sup>95</sup> Art. 2:138 BW wat betreft de NV en art. 2:248 BW wat betreft de BV.

<sup>96</sup> Art. 2:138 lid 7 BW en art. 2:248 lid 7 BW, eerste volzin: “Met een bestuurder wordt voor de bevoegdheid van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder.”

<sup>97</sup> L. Timmerman, ‘Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures’, *Ondernemingsrecht* 2001/10, p. 294-300. Over dit onderwerp is veel geschreven, ook in het kader van aansprakelijkstelling voor bodemverontreiniging. Zie onder andere: Asser-Maeijer, Deel 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De Naamloze en de Besloten Vennootschap*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 2000, p. 958-970, M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer, 1999, p. 234-243, P. Klik, ‘Vereenzelviging, doorbraak van aansprakelijkheid en art. 21 IBS’, *TMA* 1991/5, p. 105-119, P. Klik, ‘Successor Liability in Nederland, AAgunol revisited’, *TMA* 1994/6, p. 145-149 en L. Timmerman, ‘Doorbraak van aansprakelijkheid: de kern van enige recente ontwikkelingen’, *Ondernemingsrecht* 1996/5, p. 134-137.

eenzelviging moet door de eisende partij juist worden bewezen waarom sprake zou moeten zijn van vereenzelviging van de verschillende rechtspersonen, en dit bewijs is niet eenvoudig te leveren. Een ander verschil is dat de crediteur zich in geval van indirecte aansprakelijkstelling van een bestuurder kan verhalen op een ander dan de oorspronkelijke debiteur, namelijk op de persoonlijk verwijtbaar handelende bestuurder. In geval van vereenzelviging krijgt de crediteur er echter een schuldenaar – de bestuurder en/of enig aandeelhouder – bij met betrekking tot dezelfde oorspronkelijke vordering.<sup>98</sup>

Vereenzelviging van verschillende rechtspersonen wordt niet snel aangenomen door de Hoge Raad, aangezien het een directe aansprakelijkstelling in het leven roept die het identiteitsverschil tussen twee verschillende rechtspersonen terzijde schuift.<sup>99</sup> Dit wegdenken van het identiteitsverschil tussen de rechtspersoon en haar bestuurder en/of enig aandeelhouder, doorkruist juist de gedachtegang dat rechtspersonen zelfstandig handelende rechtssubjecten in het rechtsverkeer zijn. De rechtspersoon is daarbij aansprakelijk voor haar eigen handelingen en nalaten, en niet haar bestuurders en/of enig aandeelhouder. Vereenzelviging van verschillende rechtspersonen is soms wel mogelijk in geval van beoogd misbruik van rechtspersoonlijkheid, met als gevolg schijnhandelingen verricht om bepaalde aansprakelijkheden te ontlopen. Hierna ga ik kort in op de in de civielrechtelijke rechtspraak ontwikkelde vereisten voor het aannemen van vereenzelviging van verschillende rechtspersonen.

Van belang is voorop te stellen dat nauwe verwevenheid tussen de verschillende rechtspersonen op zichzelf niet kan leiden tot vereenzelviging. Dit is herhaaldelijk door de Hoge Raad bepaald, niet in de laatste plaats in gevallen waarin sprake was van aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging. Een bekend voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad inzake Bato's Erf.<sup>100</sup>

Het geschil had betrekking op een bedrijfsterrein waarop tot 1982 een steenfabriek was gevestigd, welk terrein in 1988 werd verkocht. Vervolgens constateerde de nieuwe eigenaar bodemverontreiniging en zocht de Nederlandse Staat verhaal op de veroorzaker van de verontreiniging ten aanzien van de door de Staat gemaakte saneringskosten. De centrale rechtsvraag in deze zaak was of de moedermaatschappij, Bato's Erf Beheer Nijmegen BV, die overigens tot 30 september 1974 de steenfabriek zelf dreef (hierna: Bato's Beheer), gezien haar nauwe verwevenheid met de eigenaar/drijver van de steenfabriek (Steenfabriek Bato's Erf

98 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 233.

99 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 237 en HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow), r.o. 3.5: "(...) De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (vgl. het geval dat aan de orde was in HR 9 juni 1995, nr. 8551, *NJ* 1996, 213). (...)”

100 HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Ma.

BV, hierna: Bato's Erf) – die de onderneming nog tot 1982 had voortgezet – met Bato's Erf kon worden vereenzelvigd. Vereenzelviging zou er vervolgens toe hebben geleid dat Bato's Beheer mede op grond van artikel 21 IBS verantwoordelijk kon worden gehouden voor de saneringskosten.

Deze vraag was van belang, omdat in beginsel alleen Bato's Erf aansprakelijk kon worden gesteld op grond van een onrechtmatige daad vanwege de bodemverontreiniging tot aan het jaar 1982. Dit omdat de aansprakelijkstelling voor bodemverontreiniging op grond van de IBS (en de Wbb) alleen mogelijk is ten aanzien van een handelen of nalaten ná 1 januari 1975. Dit is de bekende regel waarop in hoofdstuk 3 al uitgebreid is ingegaan. Bato's Beheer (de moedermaatschappij) had immers al voor die tijd, op 30 september 1974, de steenfabriek overgedragen<sup>101</sup> aan Bato's Erf. Wat hield deze nauwe verwevenheid in deze zaak nu precies in? Met name het volgende: Bato's Erf was opgericht door Bato's Beheer, Bato's Beheer was 100% aandeelhouder van Bato's Erf, aanvankelijk hadden beide vennootschappen dezelfde bestuurders en uiteindelijk is Bato's Beheer zélf het bestuur over Bato's Erf gaan voeren. Tevens werd Bato's Erf in de geconsolideerde jaarrekening van Bato's Beheer opgenomen.<sup>102</sup> Het Hof te Arnhem had dan ook geoordeeld dat de maatschappelijke en economische verwevenheid van dien aard was dat Bato's Beheer volledig bij de exploitatie betrokken was gebleven en dat die exploitatie uiteindelijk onder verantwoordelijkheid van Bato's Beheer, dat ook de eigendom van de onroerende zaken behield, was voortgezet.<sup>103</sup> De Hoge Raad oordeelde echter anders, namelijk als volgt:

“(…) het enkele feit dat een moedermaatschappij hetzij door haar bestuurders tevens als bestuurders van haar dochter doen optreden, hetzij als bestuurder en/of enige aandeelhouder van haar dochter het beleid ter zake van de bedrijfsactiviteiten van de dochter bepaalt en daaraan leiding geeft c.q. dat beleid beïnvloedt, nog niet meebrengt dat die activiteiten daarmee bedrijfsactiviteiten van de moeder worden met het gevolg dat de moeder voor alle eventueel onrechtmatig gebleken activiteiten zonder meer aansprakelijk is. Daarbij verdient aantekening dat het Hof omtrent *enig persoonlijk onrechtmatig handelen van Bato's Erf Beheer* bij haar activiteiten als bestuurder of aandeelhouder niets heeft vastgelegd.”<sup>104</sup> [Cursivering RM].

Vereenzelviging van verschillende rechtspersonen is volgens de Hoge Raad daarentegen soms wel mogelijk in die situaties waarin de rechtspersoonlijkheid is gebruikt om aansprakelijkstelling ten onrechte te ontlopen, oftewel gevallen waarin sprake is van duidelijke misbruik van rechtspersoonlijkheid.<sup>105</sup> Er wordt in der-

101 Behalve de onroerende zaken. Bato's Erf Beheer Nijmegen BV was nog wel tot 1988 eigenaar van het bedrijfsterrein, totdat dit werd verkocht.

102 Zie voor dit alles r.o. 3.3 van HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Ma.

103 R.o. 3.3 van HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Ma.

104 R.o. 3.3 van HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 214, m.nt. Ma.

105 Een voorbeeld van vereenzelviging is te vinden in het arrest *Citco/Krijger* van de Hoge Raad, zie HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213. *Lennarts* concludeert naar aanleiding van dit arrest dat vereenzelviging van rechtspersonen in geval van misbruik van rechtspersoonlijkheid ten behoeve van directe doorbraak van aansprakelijkheid alleen mogelijk is als ‘laatste redmiddel’. Zie ook M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss.), →

gelijke gevallen als het ware een ‘rechtspersoonlijke wal’ opgeworpen, die duidelijk wordt gebruikt (‘beoogd’) ter frustratie van een mogelijke aansprakelijkstelling door een derde. Vergelijk ook hier weer de achtergrond van de invoering van het nieuwe art. 55b Wbb, waarbij de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter verantwoordelijk kan worden gehouden voor de bodemsanering (zie par. 3.3.2).

### 8.3.4 *Aansprakelijkstelling van de enig of groot aandeelhouder*

Kan ook een aandeelhouder persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor schulden en onrechtmatige daden gepleegd door de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is? Hiervoor werd immers al enkele keren verwezen naar de positie van de enig of groot aandeelhouder.

Gezien de positie en functie van de aandeelhouder binnen het vennootschapsrecht in het algemeen, lijkt dit niet erg voor de hand te liggen. De aandeelhouders voeren immers niet het dagelijkse beleid over de onderneming gedreven door de vennootschap. De aandeelhouders komen vaak maar één keer per jaar bijeen tijdens een Algemene Vergadering van Aandeelhouders waarin de jaarrekening wordt goedgekeurd<sup>106</sup> en waarbij meestal décharge aan de bestuurders voor het uitgevoerde bestuur wordt verleend.

De situatie waarin dit anders zou kunnen liggen, is die waarin er sprake is van een enig of groot aandeelhouder die een grote machtspositie binnen de vennootschap heeft. Dit zal zich vaak voordoen in concernverhoudingen. De enig of groot aandeelhouder kan immers invloed op het bestuur van de vennootschap uitoefenen.<sup>107</sup> Soms is de enig of groot aandeelhouder een moedermaatschappij, maar ook het enig of groot aandeelhouderschap van een natuurlijk persoon komt in geval van een BV regelmatig voor. De enig of groot aandeelhouder kan een dermate grote

---

Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer, 1999, p. 236-243. Op pagina 243 merkt Lennarts overigens ook op dat de meningen in de literatuur wel onderling afwijken. Dat vereenzelviging niet snel wordt aangenomen blijkt ook uit HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow/Ontvanger), r.o. 3.5: “(...) De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (vgl. het geval dat aan de orde was in HR 9 juni 1995, nr. 8551, *NJ* 1996, 213). Het door het Hof geconstateerde misbruik bestaat hierin dat De Wit met het doen eindigen van de ondernemingsactiviteiten van Démarrage en het doen voortzetten van dezelfde activiteiten door Rainbow, naar ‘s Hofs oordeel geen ander oogmerk had dan de fiscus als crediteur te benadelen, en wel door het verijdelen van (verder) verhaal van de Ontvanger op het vermogen van Démarrage. Een dergelijke op benadeling van een bepaalde crediteur gerichte handelwijze is onrechtmatig jegens deze crediteur en verplicht dan ook de (rechts)personen die voor deze handelwijze verantwoordelijk zijn, tot vergoeding van de schade welke die crediteur als gevolg daarvan lijdt. Dit betekent echter niet dat de omvang van deze schade zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen. Reeds hierom is een vereenzelviging als door het Hof in het onderhavige geval voor mogelijk wordt gehouden, een vorm van redres die te ver gaat. Het Hof heeft dit miskend en in zoverre blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat de hierop gerichte rechtsklacht slaagt.” Zie voor een ander geval van een vorm van vereenzelviging HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 256, m.nt. Ma, r.o. 3.3, waarover S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 238-239.

<sup>106</sup> Zie art. 2:101 (en 2:210) BW.

<sup>107</sup> Art. 2:132 (2:242) BW en art. 2:134 (2:244) BW.

invloed hebben op het bestuur van de dochtervennootschap dat zij kan afdwingen dat haar richtlijnen en aanwijzingen door het bestuur van de dochtervennootschap worden nageleefd, dan wel dat zij het bestuur van de dochtervennootschap aanzet tot het begaan van overtredingen.<sup>108</sup> De enig of groot aandeelhouder heeft, anders gezegd, onder omstandigheden een feitelijke instructiemacht naar het bestuur van de dochtervennootschap toe. Het is denkbaar dat de enig of groot aandeelhouder in dergelijke omstandigheden persoonlijk een onrechtmatige daad pleegt jegens een schadelijgende derde.<sup>109</sup>

*Bartman en Dorresteyn* wijzen erop dat de Hoge Raad ten aanzien van aansprakelijkheid in moeder-/dochtermaatschappij verhoudingen inmiddels een vaste methode voor deze persoonlijke aansprakelijkstelling van de moedermaatschappij heeft ontwikkeld, die zij als volgt samenvatten:

“Met dit arrest [Sobi/Hurks, RM] schept de Hoge Raad vooral meer duidelijkheid over de wijze van rechtsvinding die geboden is bij doorbraakvorderingen op grond van art. 6:162 BW bij stilzitten van de moeder. Deze methode kent in hoofdlijnen vier stappen, namelijk 1) vaststellen van de hechte aard van de concernstructuur en de daarbij horende ‘ingrijpmacht’ van de moeder; 2) concluderen tot een zorgplicht van de moeder tegenover de schuldeisers van de dochter vanwege die hechte concernstructuur en moeders voorafgaande intensieve bemoeienis; 3) bepalen van het tijdstip waarop de moeder van de deplorabele toestand van haar dochter geacht mag worden op de hoogte te zijn en haar zorgplicht deswege werd geactiveerd (peildatum) en ten slotte 4) beslissen of de moeder haar zorgplicht in voldoende mate is nagekomen.”<sup>110</sup>

108 Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks), r.o. 5.3.8.3: “Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat, tenzij de statuten van de dochtermaatschappij daaromtrent enige andersluidende regeling bevatten, het bestuur van een moedermaatschappij niet de bevoegdheid heeft bindende instructies te geven aan het bestuur van een dochtermaatschappij. Dat neemt evenwel niet weg dat een moedermaatschappij, indien zij – zoals destijds bij de Bouwgroep ten opzichte van HBA het geval was – houdster is van alle aandelen in een dochtermaatschappij, het feitelijk in haar macht heeft de naleving van door haar aan het bestuur van die dochtermaatschappij gegeven richtlijnen en aanwijzingen met betrekking tot het te volgen beleid af te dwingen, in het uiterste geval door bestuurders die zich niet naar die richtlijnen en aanwijzingen willen voegen, te ontslaan en te vervangen door bestuurders die daartoe wel bereid zouden zijn (HR 10 januari 1990, nr. 21, *NJ* 1990, 466). (...)” Het betrof overigens ook hier weer een situatie waarin het duidelijk was dat de dochtervennootschap niet aan haar verplichtingen kon voldoen en de moedermaatschappij als enig aandeelhouder de schuldeisers daarvoor had moeten waarschuwen of vrijwaren.

109 Vergelijk bijvoorbeeld J.S. Kortmann, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten’, *Ondernemingsrecht* 2006/10/11, p. 388: “Is de aandeelhouder zich bewust van het specifieke gevaar dat bepaalde crediteuren van de vennootschap bedreigt – en mits de overige omstandigheden dusdanig zijn dat niet-ingrijpen in strijd zou zijn met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt – dan kan derhalve ook een aandeelhouder die zich niet intensief met de bedrijfsvoering van de vennootschap bemoeit, aansprakelijk zijn voor zijn stilzitten. In *Sobi/Hurks* stond vast dat de gedaagde het feitelijk in zijn macht had het beleid van de vennootschap te beïnvloeden. Hoewel een dergelijke situatie zich in de jurisprudentie zich bij mijn weten (nog) niet heeft voorgedaan, is evenwel niet uitgesloten dat een aandeelhouder die een dergelijke feitelijke macht niet heeft, in bijzondere omstandigheden toch tot ingrijpen wordt verplicht. Men denke immers niet alleen aan een ingrijpen in de vennootschaprechtelijke verhoudingen – hetgeen niet altijd mogelijk en bovendien lang niet altijd wenselijk is – maar ook aan bijvoorbeeld het informeren van de Raad van Commissarissen en/of een externe toezichthouder, of het waarschuwen van potentiële gelaedeerden.”

110 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 250.

#### **8.4 Analyse: de bestuurder en/of (enig of groot) aandeelhouder van de rechtspersoon als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften**

Hiervoor kwamen de mogelijkheden om een bestuurder en/of enig of groot aandeelhouder van een rechtspersoon in plaats van de rechtspersoon persoonlijk verantwoordelijk te houden in verschillende hoedanigheden terug: in het kader van handhaving van de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften door het bevoegd gezag, op grond van Europese milieuriichtlijnen en via het civiele recht. Er blijken verschillen te bestaan tussen enerzijds de mogelijkheden van het bevoegd gezag om bestuurders en enig of groot aandeelhouders van rechtspersonen persoonlijk aan te spreken in het kader van bestuursrechtelijke handhaving mogelijk gevolgd door kostenverhaal, en anderzijds de mogelijkheden om bestuurders en enig of groot aandeelhouders in het civiele recht aansprakelijk te stellen voor bepaald handelen of nalaten.

Dit verschil tussen het civiele recht en het bestuurs- en milieurecht kan dogmatisch vrij eenvoudig worden verklaard: in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving gaat het er uiteindelijk om iemand te kunnen aanspreken tot naleving van de geldende (milieu)regels. De handhaving moet immers zo effectief mogelijk zijn. Daarbij kunnen verschillende uitgangspunten met elkaar botsen. Enerzijds het uitgangspunt dat het bevoegd gezag – in het algemeen belang – zoveel mogelijk die persoon moet kunnen aanspreken die het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft om een bepaalde overtreding te beëindigen of ongedaan te maken, of die als overtreder is aan te duiden. Anderzijds het rechtspersoonrechtelijke uitgangspunt dat het handelen via rechtspersonen de mogelijkheden van aansprakelijkheid van de bestuurder beperkt.

Ook de Hoge Raad heeft het onderscheid tussen enerzijds de mogelijkheid om een bestuurder civielrechtelijk aansprakelijkheid te stellen, en anderzijds het verantwoordelijk kunnen houden van bestuurders van rechtspersonen als (mede) overtreder in het bestuursrecht, in dit verband erkend. En wel in zijn uitspraak van 19 januari 2001 (O. BV/De Provincie Fryslân). Daarin oordeelde hij als volgt:

“De klacht dat het hof heeft miskend dat wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder de Hoge Raad hoge eisen stelt, ziet eraan voorbij dat het in dit verband gaat om een vraag van bestuursrechtelijke aard”.<sup>111</sup>

Het Hof te Leeuwarden had, in het kader van het verhaal van bestuursdwangkosten door de provincie Friesland, als volgt beslist ten aanzien van de bestuurder van de BV als overtreder:<sup>112</sup>

<sup>111</sup> HR 19 januari 2001, AB 2002, 382, m.nt. PvB (O. BV/De Provincie Fryslân), r.o. 3.5.

<sup>112</sup> Zie het arrest van het Hof te Leeuwarden van 30 augustus 2000, onder de overwegingen 4 tot en met 6, te kennen uit HR 19 januari 2001, AB 2002, 382, m.nt. PvB (O. BV/De Provincie Fryslân).



“4. (...) O. is enig bestuurder van O. Holding BV. Die holding is enig aandeelhouder en bestuurder van O. BV (Onroerend Goed) en Onroerend Goed is enig aandeelhouder en bestuurder van de O. Sorteerinrichting BV (de Sorteerinrichting). (...)

5. (...) Dat brengt het hof tot de vraag of de aanvrager de voor haar uit de bestuursdwanganschijsing voortvloeiende kosten kan verhalen op O.<sup>113</sup> Voor de beantwoording daarvan is van belang of O. als “overtreder” in de zin van art. 5:25 Awb kan worden aangemerkt. Het hof overweegt daartoe het volgende. De Sorteerinrichting is aan te merken als overtreder in de zin van voornoemd artikel. Uit het vorenoverwogene blijkt dat de eigendom van de aandelen van de Sorteerinrichting, via Onroerend Goed, uiteindelijk toebehooren aan de holding. Gelet daarop en op de wijze waarop het bestuur tussen de diverse besloten vennootschappen is geregeld, is naar ’s hofs oordeel gebleken dat er een economische en bestuurlijke verwevenheid tussen de holding en de Sorteerinrichting bestaat. Op grond daarvan is het aannemelijk dat de holding en daarmee haar bestuurder, zijnde O., ermee op de hoogte was dat de Sorteerinrichting de voorschriften verbonden aan de verleende vergunning heeft overtreden en dat minst genomen niet heeft verhinderd, alsmede dat de holding en daarmee O. daadwerkelijk opdracht heeft kunnen geven tot het (tijdig) doen afvoeren van het afval, dan wel aan het (tijdig) doen afvoeren feitelijk leiding heeft kunnen geven, maar dat heeft nagelaten, hoewel een en ander gezien de positie en functie van O. in het geheel van de organisaties van de besloten vennootschappen, in zijn macht lag. (...)

6. Gelet op het voorgaande is summierlijk gebleken van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat O. kan worden aangemerkt als overtreder in voornoemde zin, zodat ervan dient te worden uitgegaan dat de aanvrager haar kosten kan verhalen op O.”

In deze zaak is sprake van economische en bestuurlijke verwevenheid waardoor de moedervennootschap (O. Holding BV) en haar bestuurder O. mede verantwoordelijk konden worden gehouden voor de overtreding, en dus de door de provincie Friesland gemaakte bestuursdwangkosten moesten betalen.

Het voorgaande laat trouwens onverlet dat een derde, maar ook het bevoegd gezag, kan trachten een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te stellen via het civiele recht, dus via een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Voor derden is de onrechtmatige daadsactie de enige weg die openstaat. Alleen het bevoegd gezag kan immers overgaan tot het opleggen van een last onder dwangsom of tot kostenverhaal op de overtreder na door hem uitgeoefende bestuursdwang. Een belanghebbende kan de overheid slechts verzoeken tot handhaving over te gaan. De overtreding van wettelijke regels of van vergunningsvoorschriften kan uiteraard wél als basis dienen voor de onrechtmatige daadsactie van de benadeelde particuliere (private) partij. Niet alleen wordt vanwege de vervuiling een inbreuk gemaakt op zijn recht, bijvoorbeeld vervuiling van zaken in zijn eigendom waardoor vermogensschade ontstaat, maar tevens kan er sprake zijn van een doen of nalaten van de drijvende rechtspersoon en haar bestuurder(s) in strijd met een wet-

---

113 De provincie Friesland was in deze faillissementsprocedure aanvrager van het in staat van faillissement verklaren van O. BV en O.; de provincie was schuldeiser vanwege kosten die zij had gemaakt ten aanzien van uitgevoerde werkzaamheden via bestuursdwang.

telijke verplichting (art. 6:162 lid 2 BW). Dit kan tot een persoonlijke onrechtmatige daad van de bestuurder van de rechtspersoon leiden. Daarvoor geldt hetgeen in par. 8.3 is opgemerkt over de persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon.

De ABRvS – voor zover het de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften betreft – is bereid om het handhavend bevoegde gezag veel ruimte te geven ten aanzien van het kunnen aanspreken van een overtreder. Naast de overtredende rechtspersoon kan het bevoegd gezag ook een andere (rechts)persoon met een zeggenschapspositie over deze rechtspersoon, die het *dús* in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen of ongedaan te maken, aanwijzen als diegene die de geldende milieu(vergunnings)voorschriften dient na te leven. In de in par. 8.2.1 al genoemde Desmepol-uitspraak bijvoorbeeld, kon zowel aan de feitelijke drijver van de inrichting, Desmepol BV, als aan haar moedermaatschappij en de enig bestuurder/aandeelhouder (natuurlijk persoon) van de moedermaatschappij, als aan een andere gelieerde vennootschap (een verhuurder) binnen het concern, een last onder dwangsom worden opgelegd. Een dergelijke (bestuurlijke en economische) verwevenheid in concernverhoudingen is vaak aanleiding voor de ABRvS om een bestuurder en enig aandeelhouder als overtreder van de milieu(vergunnings)voorschriften te beschouwen.<sup>114</sup>

De Desmepol-uitspraak is een duidelijk voorbeeld van een casus waarin de bestuursrechter de juridische concernstructuur terzijde stelt en andere rechtspersonen – gezien hun zeggenschapsverhouding – direct aanspreekt tot de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften die gelden voor een andere rechtspersoon binnen het concern. Op die manier wordt feitelijke naleving afgedwongen. Deze andere rechtspersonen zouden het immers vanwege hun zeggenschapsverhoudingen in hun macht hebben de milieu(vergunnings)voorschriften correct na te leven en eventuele overtredingen te beëindigen. Het betreft hier echter geen aansprakelijkheid op grond van bepaalde vennootschapsrechtelijke gezagsverhoudingen. Het zeggenschaps criterium, invloed-criterium of de bijzondere gezagsverhouding – denk aan de faillissementscurator die een inrichting drijft vanuit zijn positie als curator, waarover uitgebreid hoofdstuk 9 – voortvloeiende uit bepaalde rechtsverhoudingen zoals een bestuurdersfunctie of aandeelhouderschap binnen een rechtspersoon, kunnen leiden tot een bepaalde plicht om in te grijpen. Er kan dan immers sprake zijn van het in zijn macht hebben om een bepaalde overtreding te beëindigen. Er is in deze gevallen dus geen sprake van een rechtspersoonrech-

---

<sup>114</sup> Zie bijvoorbeeld Vz. ABRvS 11 juli 2006, zaaknr. 200604151/1, r.o. 2.4.1: “Uit de stukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat verzoekster het terrein van de inrichting huurt van C.C.A. Teunissen en verhuurt aan Litax. Verder is gebleken dat de touringcars op naam van verzoekster staan; deze worden eveneens aan Litax verhuurd. Voorts staat vast dat verzoekster enig aandeelhouder is van Litax en dat [directeur] enig bestuurder is van beide besloten vennootschappen. (...) Gelet op het vorenstaande is de Voorzitter van oordeel dat tussen beide besloten vennootschappen een zodanige onderlinge verwevenheid bestaat dat verweerder zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat verzoekster kan worden aangemerkt als drijver van de inrichting en derhalve kan worden aangemerkt als overtreder.”

telijke vereenzelviging, zoals bekend uit de civielrechtelijke jurisprudentie. De bestuurder en/of enig aandeelhouder van de rechtspersoon wordt aangesproken, omdat hij het gezien zijn zeggenschapspositie binnen de rechtspersoon in zijn macht had om de overtreding te beëindigen, maar dit nalaat of heeft nagelaten.

Ten slotte nog een nuancering. De mogelijkheid van het verantwoordelijk kunnen houden van een bestuurder en/of aandeelhouder van de rechtspersoon in het kader van bestuursrechtelijke handhaving betreft meestal de enig bestuurder, tevens enig aandeelhouder. Indien er meerdere bestuurders of aandeelhouders zijn die niet onderling met elkaar zijn gelieerd, kan de desbetreffende bestuurder of aandeelhouder waarschijnlijk aantonen dat hij het alleen niet in zijn macht had om de rechtspersoon toch de milieu(vergunnings)voorschriften correct te doen laten naleven. Het komt er dan op aan wat het bevoegd gezag en de desbetreffende bestuurder en aandeelhouder over en weer kunnen bewijzen omtrent bepaalde zeggenschapsverhoudingen binnen de rechtspersoon en de mogelijkheid om daadwerkelijk in te kunnen grijpen bij, of om daadwerkelijk invloed uit te oefenen over, overtredende activiteiten verricht binnen de inrichting.<sup>115</sup>

### *Conclusies*

In het kader van handhaving door het bevoegd gezag kan een last onder dwangsom worden opgelegd aan de overtreder die het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft om de desbetreffende overtreding te beëindigen. Ook kan het bevoegd gezag op een overtreder de kosten na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang verhalen. Ook een bestuurder, feitelijk leidinggevende of zelfs een (enig) aandeelhouder kan overtreder zijn. Binnen de inrichting zullen de begrippen drijverschap en het overtrederschap vaak samenvallen, aangezien er geen wezenlijk verschil tussen de begrippen zeggenschap hebben over en het in zijn macht hebben bestaat. Wél kan – onder bijzondere omstandigheden – een overtreder het in zijn macht hebben om een overtreding buiten de inrichting veroorzaakt door de activiteiten verricht binnen de inrichting te beëindigen, terwijl hij ten aanzien van die activiteit geen drijver in de zin van de Wm is.

---

115 In bijvoorbeeld ABRvS 23 april 2008, zaaknr. 200705740/1 (Rumeta BV), had het bevoegd gezag een reeds afgetreden bestuurder van een BV aangesproken als overtreder, omdat uit zijn feitelijke gedragingen zou kunnen worden afgeleid dat hij drijver van de inrichting was. De ABRvS oordeelde echter anders (r.o. 2.2.2): “De Afdeling overweegt dat voor het antwoord op de vraag naar het overtrederschap van belang is of [oud-directeur] kan worden aangemerkt als drijver van de door het college gestelde inrichting. In zijn brief van 24 oktober 2005 deelt [oud-directeur] mee dat, na door de grootaandeelhoudster in 2005 aan de kant geschoven te zijn, er voor hem bij Rumeta B.V. geen zinvolle taak meer is. In verband hiermee is hij uit functie getreden. Niet is gebleken dat [oud-directeur] nadien nog enige betrokkenheid heeft gehad bij Rumeta B.V. of de activiteiten van de door het college gestelde inrichting. Gelet hierop is ten aanzien van [oud-directeur] niet van een zodanige zeggenschap over of invloed op Rumeta B.V. of de activiteiten gebleken dat [oud-directeur] zou kunnen worden aangemerkt als drijver. Het college heeft [oud-directeur] derhalve ten onrechte aangemerkt als overtreder.”

Ten aanzien van concernverhoudingen is het van belang om een onderscheid te maken tussen enerzijds de zeggenschap over de dochtervennootschap als rechtspersoon, en anderzijds het in zijn macht hebben om de milieurechtelijke overtredingen begaan door de dochtervennootschap te beëindigen. De moedermaatschappij wordt in het bestuurs- en milieurecht in het algemeen niet juridisch gelijkgesteld met haar dochtervennootschap (vereenzelvigd), maar haar wordt slechts verweten als (enig) aandeelhouder en/of bestuurder van de dochtervennootschap niet te hebben ingegrepen bij bepaalde overtredingen van milieu(vergunnings)voorschriften, terwijl zij het via haar zeggenschapsverhouding over haar dochtervennootschap wél in haar macht had om in te grijpen.<sup>116</sup>

Tot slot een voor de hand liggende constatering, maar desalniettemin een belangrijke: nergens in de milieuwetgeving is door de Nederlandse wetgever aangegeven of gesuggereerd dat met het overtredderschap (1) het ondernemingsrechtelijke principe van rechtspersoonlijkheid, (2) de tot zijn kapitaalbreng in de vennootschap gelimiteerde aansprakelijkheid voor de aandeelhouder en (3) de beperkte mogelijkheden om een bestuurder civielrechtelijk persoonlijk aansprakelijk te stellen, wordt gevolgd. Het ontbreken van een dergelijke verwijzing kan weliswaar ook betekenen dat in het bestuursrecht geen afwijking van het civiele recht wordt beoogd. Gezien voormelde jurisprudentie van de ABRvS kan echter worden geconcludeerd dat de (bestuurs)rechter en het bevoegd gezag juist wel afwijken van het civiele recht op dit punt, en bestuursrechtelijke verantwoordelijkheidstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen eenvoudiger is in vergelijking met civielrechtelijke aansprakelijkheidstelling van bestuurders en aandeelhouders.

---

116 Het is wel interessant om hier te vermelden dat de ABRvS op een ander vlak, namelijk bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon via zijn positie als bestuurder van die rechtspersoon onder omstandigheden ook als belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb kan worden aangemerkt, heeft geoordeeld dat een bestuurder soms 'vereenzelvigd' kan worden met die rechtspersoon. Let wel, het gaat hier eigenlijk om de toekenning van een *recht* aan de bestuurder van een rechtspersoon om als (mede) belanghebbende bezwaar te mogen maken tegen het desbetreffende besluit van een bestuursorgaan, en vervolgens eventueel beroep bij een rechtbank tegen dat besluit te mogen instellen. Dit is dus een heel ander aspect in vergelijking met de vraag of een bestuurder van een rechtspersoon ook verantwoordelijk kan worden gehouden voor de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften en het beëindigen van overtredingen. De ABRvS oordeelde over de bestuurder als belanghebbende in een uitspraak van 8 juni 2001 (AB 2001, 217, m.nt. AvH) als volgt: "Met het stellen van het vereiste van het zijn van belanghebbende is een zekere begrenzing beoogd ten aanzien van de mogelijkheid tegen een besluit beroep in te stellen. Van geval tot geval moet worden bezien wie als belanghebbende kan worden aangemerkt. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, is de Afdeling op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van oordeel dat in het onderhavige geval de belangen van appellanten als directeuren/enig aandeelhouders en die van de besloten vennootschap in zodanige mate met elkaar verweven zijn en parallel lopen, dat deze vereenzelvigd moeten worden." De rechtbank te Den Bosch oordeelde ten aanzien van het overtredderschap op 7 mei 2008 (LJN: BD1967, zaaknr. 160547/HAZA 07-1217) als volgt (r.o. 4.3): "Het enkele feit dat [eiser] ten tijde van het uitvaardigen van het dwangbevel (middellijk) bestuurder en/of aandeelhouder was van Duinven brengt niet mee dat [eiser] als overtreder in de zin van artikel 5:25 jo 5:24 AWB heeft te gelden."

*Naar een nieuw criterium ten aanzien van bestuurders en aandeelhouders in het bestuurs- en milieurecht?*

Het is de vraag of de bestuursrechter niet al te gemakkelijk heenstapt over het feit dat de bestuurder via en namens de rechtspersoon handelt waarvan hij bestuurder is, en niet op persoonlijke titel, en dat een aandeelhouder slechts kapitaalverschaffer is. Uit een oogpunt van effectieve handhaving is de jurisprudentie van de ABRvS begrijpelijk. Dit met name in het geval de rechtspersoon niet solvabel is, dan wel niet bereid blijkt te zijn tot het ondernemen van actie ter beëindiging van de overtreding. Door de bestuurder en/of enig of groot aandeelhouder van de rechtspersoon persoonlijk aan te spreken tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften én het beëindigen van overtredingen, heeft het bevoegd gezag meer armslag. Echter, met name in geval van het bestuursrechtelijk aanspreken van een aandeelhouder rijst de vraag of dat wel in alle gevallen redelijk is.

Feitelijk komt zowel de bestuursrechtelijke handhaving als het civiele aansprakelijkheidsrecht op hetzelfde neer: de bestuurder en/of (enig) aandeelhouder van de rechtspersoon moet uiteindelijk (persoonlijk) de kosten betalen. Het feit dat de risico's van het drijven van een onderneming/inrichting, waaronder het risico van het ontstaan van milieuschade en het overtreden van milieu(vergunnings)voorschriften, in het bestuurs- en milieurecht gemakkelijker dan in het privaatrecht tot gevolg kan hebben dat de bestuurder en/of enig of groot aandeelhouder zélf de kosten dienaangaande moet betalen, is naar ik meen wel aanleiding voor discussie. Met name het geval waarin het bevoegd gezag een enig of groot aandeelhouder aanspreekt tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften, kan mijns inziens onredelijk zijn. De aandeelhouder is slechts kapitaalverschaffer, en bemoeit zich normaliter niet met de dagelijkse gang van zaken binnen de onderneming/inrichting gedreven door de vennootschap.

Uit een uitspraak van de ABRvS van 21 februari 2007<sup>117</sup> met betrekking tot het overtreden van de algemene zorgplicht zoals voortvloeiende uit artikel 1.1a Wm, wordt bijvoorbeeld duidelijk dat een aandeelhouder van een rechtspersoon die bestuurder is van de overtredende rechtspersoon (dit is dus geen direct aandeelhouderschap) door de rechter niet gemakkelijk voor deze overtreding verantwoordelijk zal worden gehouden:

“2.7.3. Voor zover het beroep is ingesteld door [appellant] overweegt de Afdeling het volgende. Blijkens de stukken is [appellant] enig aandeelhouder van [bedrijf], welke rechtspersoon bestuurder is van [appellante]. Naar vaste jurisprudentie is overtreder degene die het te handhaven voorschrift daadwerkelijk schendt. De Afdeling overweegt dat het nalaten maatregelen te treffen de eigenaar valt aan te rekenen; niet de enig aandeelhouder van de rechtspersoon die bestuurder van de eigenaar van het pand is. Verweerder heeft [appellant] dan ook ten onrechte

---

117 ABRvS 21 februari 2007, zaaknr. 200605807/1.

als mede overtreder van artikel 1.1a van de Wet milieubeheer aangemerkt en ten onrechte beslist dat [appellant] mede de kosten van de toepassing van de bestuursdwang verschuldigd is. Het bestreden besluit is in zoverre in strijd met artikel 5:25, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.”

In de Verenigde Staten heeft de hoogste federale rechter – het US Supreme Court – in het kader van de aansprakelijkheid onder de federale milieuwet CERCLA de mogelijkheden van aansprakelijkheid van de aandeelhouder beperkt, zie daarover verder par. 8.5. Naar mijn mening zou ook de Nederlandse rechter een enig of groot aandeelhouder vanwege zijn zeggenschapsverhouding binnen de rechtspersoon niet als overtreder moeten aanwijzen, behalve indien er duidelijk sprake is van een misbruiksituatie.

In geval van misbruik kan bijvoorbeeld worden gedacht aan situatie waarin een enig aandeelhouder bewust milieu(vergunnings)voorschriften overtreedt via de vennootschap, en persoonlijk opdracht geeft tot deze overtredingen, dan wel deze overtredingen binnen de onderneming/inrichting van de vennootschap persoonlijk uitvoert.

## **8.5 Bestuurders- een aandeelhoudersaansprakelijkheid voortvloeiende uit de Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA)**

### *8.5.1 Inleiding*

De Amerikaanse federale milieuaansprakelijkheidswet CERCLA is al eerder ter sprake gekomen in hoofdstuk 4. In verband met het onderzoek in de Verenigde Staten met betrekking tot de in de Verenigde Staten op statelijk niveau aanwezige transfer triggered environmental acts, is tevens onderzoek gedaan naar de mogelijkheden van aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen op grond van CERCLA. Waarom is onderzoek naar CERCLA interessant in verband met bestuurders- en aandeelhoudersaansprakelijkheid? Dit is met name interessant vanwege de omstandigheid dat CERCLA, ingevoerd in 1980, één van de eerste milieuaansprakelijkheidswetten ter wereld was, waarmee inmiddels binnen de Verenigde Staten veel ervaring is opgedaan.

Een belangrijke bepaling van CERCLA heeft betrekking op de vraag wanneer een (rechts)persoon kan worden aangeduid als operator van een facility. Een vraag vergelijkbaar met die van het drijverschap over de inrichting naar Nederlands recht. CERCLA koppelt aan het begrip operator ook de mogelijkheid tot aansprakelijkstelling van een dergelijke operator door de federale Amerikaanse overheid. Daarnaast is het interessant om na te gaan hoe dit begrip operator in CERCLA zich verhoudt tot de operator definities in de verschillende Europese milieुरichtlijnen. Rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte van de definitie van operator onder CERCLA, en dan vooral toegespitst op de vraag wanneer een bestuur-

der en/of (enig of groot) aandeelhouder van een drijvende rechtspersoon als operator kan worden aangeduid onder CERCLA, kan nieuwe inzichten verschaffen of juist bepaalde inzichten in Nederland en binnen de Europese Unie op dit punt ondersteunen. Kortom, een blik op het recht van een ander land (de Verenigde Staten) op dit specifieke wetgevingsterrein kan ook in Nederland en binnen de Europese Unie tot verdergaand inzicht en nieuwe ideeën leiden.

CERCLA is een milieuaansprakelijkheidswet die veel emoties heeft losgemaakt binnen de Verenigde Staten, en ook veel aandacht heeft gekregen buiten de Verenigde Staten. Dit valt te verklaren uit de omstandigheid dat CERCLA vergaande consequenties had en heeft voor de praktijk. Niet alleen ten aanzien van veroorzakers van verontreiniging, maar ook ten aanzien van bijvoorbeeld eigenaren van vessels of facilities, niet-veroorzakers, operators van vessels of facilities en zelfs mogelijkere wijze voor kredietverschaffers zoals banken. CERCLA introduceerde een geheel nieuw milieuaansprakelijkheidsregime binnen de Verenigde Staten, waarbij de oorspronkelijke tekst van CERCLA in de jaren '80 en '90 van de twintigste eeuw veel vragen opriep. Er is dan ook een grote stroom jurisprudentie ontstaan naar aanleiding van CERCLA. CERCLA beoogt de kring van potentieel aansprakelijke (rechts)personen betreffende milieuverontreiniging in beginsel zo breed mogelijk te maken. Deze brede reikwijdte van CERCLA heeft veel onrust onder allerlei marktpartijen binnen de Verenigde Staten teweeg gebracht. Om tegemoet te komen aan de bezwaren zoals geuit door het (Amerikaanse) bedrijfsleven, zijn in CERCLA in de loop der jaren diverse uitzonderingen in CERCLA opgenomen wat betreft de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling. Hierna volgt een bespreking en analyse van deze door de Amerikaanse federale wetgever en rechters ontwikkelde uitzonderingen, waarbij tevens de vraag ter sprake komt of de invoering van deze uitzonderingen ook in Nederland of op Europees niveau wenselijk is. Daarbij is uiteraard weer van belang vanuit welk standpunt wordt geredeneerd: vanuit het belang van de overheid, marktpartijen, derden of het meer algemene milieubelang?

#### 8.5.2 *Korte schets van de historie van de totstandkoming en inhoud van CERCLA*

CERCLA werd door de Amerikaanse wetgever ontworpen en uitgevaardigd naar aanleiding van een omvangrijk en in de Amerikaanse pers breed uitgemeten milieuschandaal in de buurt van de Niagara Falls (in de staat New York) in 1978, het zogenaamde Love Canal-schandaal.<sup>118</sup> Vanwege omvangrijke verontreiniging moesten vele bewoners hun woningen verlaten. Er valt daarbij een duidelijke parallel met het Lekkerkerk-schandaal uit 1980 en de daaropvolgende invoering van de IBS (1983) in Nederland te trekken. Echter, CERCLA is een veel uitge-

---

<sup>118</sup> Zie hierover R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 224.

breider geformuleerde wet in vergelijking met de IBS, en zelfs in vergelijking met de huidige bodembeschermingswetgeving in Nederland. Van CERCLA moest een afschrikwekkende werking uitgaan, waarbij milieuvervuiling vanwege een brede groep potentieel aansprakelijke (markt)partijen door de industrieën en hun financiers zélf zou worden teruggedrongen in de toekomst, aldus het uitgangspunt van de Amerikaanse wetgever.<sup>119</sup> *Percival e.a.* merken het volgende op over de achterliggende gedachten van de invoering van CERCLA:

“In studying this comprehensive liability scheme, bear in mind that imposing liability has forward-looking deterrent effects in addition to its providing a method to finance cleanup of existing sites. Philip Cummings, the chief counsel of the Senate Environmental Committee when CERCLA was drafted, has written that this deterrent effect is the heart of the reasons for passage: “CERCLA,” he writes, “is not primarily an abandoned dump cleanup program, although that is included in its purposes. Instead, the main purpose of CERCLA is to make spills or dumping of hazardous substances less likely through liability, enlisting business and commercial instincts for the bottom line place of traditional regulation. It was a conscious intention of the law’s authors to draw lenders and insurers into this new army of quasi-regulators, along with corporate risk managers and board of directors. [Cummings, Completing the Circle, *Envtl. Forum* 11 (Nov./Dec. 1990).]”<sup>120</sup>

(...)

Tevens merken *Percival e.a.* op: “Thus, CERCLA pursues dual goals: to prevent environmental contamination and to ensure that it is cleaned up when it occurs. While some argue that CERCLA’s liability scheme has delayed the cleanup of dump sites and wasted resources on litigation, any evaluation of CERCLA’s liability provisions should be done in the context of the Act’s dual objectives. Regardless of how rapidly EPA proceeds with dump site cleanups, the CERCLA program could still be a success if its liability provisions are effective in deterring environmental releases. Fear of CERCLA liability is likely to stimulate reductions in the volume and toxicity of waste, an increase in recycling, and an increase in the care with which waste is managed.”<sup>121</sup>

CERCLA heeft terugwerkende kracht, en ziet daarom tevens op historisch veroorzaakte verontreinigingen. Partijen worden op grond van CERCLA ‘strictly liable’ gehouden, dus ongeacht hun schuld. Zie hier de parallel met het art. 55b Wbb: er is sprake van kwalitatieve (risico)aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, ongeacht of de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter veroorzaker is (geweest) van de desbetreffende bodemverontreiniging. Vergelijk ook de saneringsbevelartikelen 46 en 63k Wbb. Uitgangspunten van CERCLA zijn, vergelijkbaar met de Wbb, (1) onderzoek en sanering van verontreinigde terreinen en

119 Dit uitgangspunt van een ‘afschrikwekkende werking’ lag trouwens ook mede ten grondslag aan de invoering van het saneringsbevel in de Nederlandse Wet Bodembescherming in 1994.

120 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 225.

121 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 227-228.



(2) het aansprakelijk stellen voor kosten en schade van partijen die een bepaalde betrekking met deze verontreinigde terreinen hebben ('potentially responsible parties').<sup>122</sup>

CERCLA heeft effect gehad, maar vanwege de afschaffing van de zogenaamde Superfund tax (belasting) op de petrochemische industrie in 1995 is het aantal via CERCLA/Superfund gefinancierde saneringen de laatste jaren gedaald.<sup>123</sup> In 2002 is CERCLA daarnaast door de Small Business Liability Relief and Brownfield Revitalization Act aangepast.<sup>124</sup> Een belangrijke aanpassing betrof de zogenaamde bona fide prospective purchaser exemption (42 U.S.C. par. 9607(r) CERCLA), waardoor nu ook een eigenaar die wetenschap heeft van de aanwezige verontreiniging op het moment van aankoop onder omstandigheden aansprakelijkheid op grond van CERCLA kan afweren.<sup>125</sup> Deze nieuwe regeling is een uitbreiding van de al bestaande innocent purchaser status in CERCLA, die bescherming geeft aan bepaalde eigenaren die geen wetenschap van verontreiniging hadden op het moment van aankoop.<sup>126</sup> Let wel, dit betekent niet dat deze partijen niet op grond van statelijke wetgeving aansprakelijk kunnen worden gehouden, bijvoorbeeld op grond van de in New Jersey geldende Industrial Site Recovery Act.<sup>127</sup> De uitzonderingen hebben dus alleen betrekking op de mogelijkheden van aansprakelijkstelling op grond van CERCLA, waarbij het toezicht op naleving van de wet en de aanwijzing van de te saneren locaties plaatsvinden door een federale overheidsinstantie, de Environmental Protection Agency (EPA). Statelijke wetten met dezelfde strekking als CERCLA mogen evenwel niet conflicteren met de federale CERCLA wetgeving. Zie daarover par. 4.3.

122 D.S. Berry, 'Principal Cause of Brownfields Problem – Superfund Liability', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 3-11.

123 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, Vierde druk, 2003, geven inzicht in de feitelijke resultaten van CERCLA (p. 269): "Through the end of 1998, EPA had collected monies or received commitments from private parties in response settlements (\$13.1 billion) and in cost recovery settlements (\$2.4 billion) totalling more than \$ 15 billion. EPA, Superfund Reforms Annual Report 5 (1999). Private cost recovery has historically covered about 70 percent of total program costs, with the rest being covered by the Superfund tax. That tax expired in 1995, however, and the program reserves have been dwindling ever since. In recent years, the result has been a scaling back of the pace of cleanup. Completed cleanups went from an average of about 75 a year from 1992 to 2000, to 47 in 2001, and estimates of 40 in 2002."

124 Zie over deze ontwikkelingen bijvoorbeeld uitgebreid M.B. Gerrard en J.M. Gross, *Amending CERCLA: The Post-SARA Amendments to the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2006.

125 CERCLA 42 U.S.C. 9601(40). Zie over de Bona fide prospective purchaser defense ook: L.P. Schnapf, *Managing Environmental Liability*, New York: Juris Publishing Inc., 2005, Volume 2, Part II, Application to business and corporate transactions, p. 10-61 – 10-68.2.

126 CERCLA 42 U.S.C. 9601(35)(A) en (B). Zie over de innocent purchaser defense ook: L.P. Schnapf, *Managing Environmental Liability*, New York: Juris Publishing Inc., 2005, Volume 2, Part II, Application to business and corporate transactions, p. 10-55 – 10-60.

127 ISRA is besproken en geanalyseerd in de hoofdstukken 4 en 5.

### 8.5.3 *Potentieel aansprakelijke personen onder CERCLA (potentially responsible parties)*

Wie zijn dan precies die potentially responsible parties onder CERCLA, die potentieel aansprakelijk kunnen worden gesteld voor (historisch) veroorzaakte verontreiniging? Dit zijn (zie 42 U.S.C. par. 9607 (a)):

“(a) (...) Notwithstanding any other provision or rule of law, and subject only to the defenses set forth in subsection (b) of this section –

- (i) the owner and operator of a vessel or a facility,
- (ii) any person who at the time of disposal of any hazardous substance owned or operated any facility at which such hazardous substances were disposed of,
- (iii) any person who by contract, agreement, or otherwise arranged for disposal or treatment, or arranged with a transporter for transport for disposal or treatment, of hazardous substances owned or possessed by such person, by any other person or entity, at any facility owned or operated by another party or entity and containing such hazardous substances, and
- (iv) any person who accepts or accepted any hazardous substances for transport to disposal or treatment facilities or sites selected by such person, from which there is a release, or a threatened release which causes the incurrence of response costs, of a hazardous substance, shall be liable for –
  - (A) all costs of removal or remedial action incurred by the United States Government or a State or an Indian tribe not inconsistent with the national contingency plan; any other necessary costs of response incurred by any other person consistent with the national contingency plan;
  - (C) damages for injury to, destruction of, or loss of natural resources, including the reasonable costs of assessing such injury, destruction, or loss resulting from such a release; and
  - (D) the costs of any health assessment or health effects study carried out under section 9606(i) of this title.”

Niet alleen de huidige eigenaar of operator (drijver) van een facility, maar dus ook de eigenaar of operator van de facility op het moment van disposal of hazardous substance kan aansprakelijk worden gesteld.<sup>128</sup> Ook diegene die afval vervoert (transporter liability) of diegene die daar opdracht toe geeft of het vervoer regelt (arranger liability) kunnen aansprakelijk worden gehouden voor mogelijke milieuschade veroorzaakt door de vervoerde stoffen. Net als in Nederland ten aanzien van het drijverschaps-criterium, is er in de Verenigde Staten veel te doen geweest over de reikwijdte van de begrippen owner en operator. Het U.S. Supreme Court

---

<sup>128</sup> Zie ook: D.S. Berry en D.A. Sivas, ‘Liability of Parties to Brownfields Transactions Under CERCLA’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 4-5 – 4-15.

heeft in de belangrijke zaak *United States v. Bestfoods*<sup>129</sup> een definitie van het begrip operator in CERCLA gegeven: de operator onder CERCLA is volgens het U.S. Supreme Court diegene die:

“directs the workings of, manages, or conducts the affairs of a facility. (...) To sharpen the definition for purposes of CERCLA’s concern with environmental contamination, an operator must manage, direct, or conduct operations specifically related to (...) operations having to do with the leakage or disposal of hazardous waste, or decisions about compliance with environmental regulations.”

Aangezien de term operator in de *Bestfoods*-uitspraak niet het onderwerp van discussie was, blijft lagere rechtspraak wat betreft de precieze definiëring van deze term van belang.<sup>130</sup> *A.J. Topol, R. Snow* en *C. Broun* vatten de uitkomst van deze lagere rechtspraak als volgt samen:

“These varying liability standards suggest that if a party (1) has an ownership interest in a facility (other than one primarily to protect a security interest), (2) exercises control and participates in day-to-day management (or, in some jurisdictions, has the ability to do so), (3) has overall responsibility for the conduct of the business, (4) has been directly involved in waste disposal, or (5) profits from waste disposal, that party may be liable under CERCLA as an “owner or operator.” In all five situations, the overriding consideration of the courts in imposing liability is the control that the party may have over decisions regarding the operation of the facility (especially the generation and disposal of wastes) or over those who make these decisions.”<sup>131</sup>

De controle over de facility of over diegene die de besluiten binnen de facility nemen is derhalve de leidende factor bij de beantwoording van de vraag wie als operator onder CERCLA is te beschouwen. Daarbij zal (meestal) tevens sprake moeten zijn van dagelijkse participatie in het management. Het gaat daarbij om een actual control test, waarbij het enerzijds gaat om de authority om te beslissen over de activiteiten die met betrekking tot de gevaarlijke stoffen worden uitgevoerd, en anderzijds om het daadwerkelijk (actual) uitoefenen van die authority. Dat laatste kan het geval zijn indien diegene zelf de activiteiten verrichtte, dan wel hij anderen daarin leidde. Het alleen hebben van authority to control als aandeelhouder van de drijvende rechtspersoon is waarschijnlijk niet meer voldoende om ook direct (persoonlijk) als operator van de facility onder CERCLA te kunnen worden aangeduid. Daarvoor lijkt het daadwerkelijk uitoefenen van die authority, in die zin dat de operations daadwerkelijk worden geleid door de operator, sinds de *Bestfoods*-uitspraak van belang.<sup>132</sup>

<sup>129</sup> U.S. v. *Bestfoods*, 524 U.S. 51, 118 S. Ct. 1876.

<sup>130</sup> A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 181.

<sup>131</sup> A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 190. Zij geven tevens zeer uitgebreide jurisprudentieverwijzingen.

<sup>132</sup> D.S. Berry en D.A. Sivas, ‘Liability of Parties to Brownfields Transactions Under CERCLA’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 4-56: “A number of courts have also found that direct liability can be imposed on a parent corporation under CERCLA when→

### Vergelijking met de Wbb

Wat betreft de eigenaar van de facility, deze benadering komt overeen met de eigenaars- (en erfpachters)aansprakelijkheid zoals wij die met betrekking tot bodemverontreiniging in Nederland kennen (art. 55b, 63k en 46 Wbb). CERCLA heeft immers vooral ook betrekking op situaties waarin de bodem is verontreinigd. De owner kan verantwoordelijk worden gehouden onder CERCLA, ook indien hij geen directe betrekking heeft met de facility in zijn eigendom, bijvoorbeeld als (passieve) verhuurder van de facility.<sup>133</sup>

#### 8.5.4 Aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als aandeelhouder onder CERCLA

Een vraag waarover veel is geprocedeerd in de Verenigde Staten, is die ten aanzien van de aansprakelijkheid van een moedermaatschappij als aandeelhouder van haar dochtermaatschappijen onder CERCLA.<sup>134</sup> In de reeds genoemde Bestfoods-uitspraak heeft de hoogste Amerikaanse federale rechter duidelijkheid verschaft ten aanzien van de vraag wanneer ‘vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid’ (piercing/lifting the corporate veil) onder CERCLA mogelijk is. Daarover was in de jaren daarvóór onduidelijkheid ontstaan: sommige rechters gingen uit van een ruim aansprakelijkheidsregime onder CERCLA in vergelijking met de ondernemingsrechtelijke context, anderen oordeelden juist dat de principes van het Amerikaanse ondernemingsrecht niet terzijde mochten worden geschoven door CERCLA.<sup>135</sup> Het US Supreme Court oordeelde dat er alleen sprake kan zijn van vereenzelviging (piercing/lifting the corporate veil) van de moedermaatschappij als aandeelhouder en haar dochtervennootschap indien dat mogelijk is onder de gewone regels van Amerikaans (statelijk) ondernemingsrecht. CERCLA beoogt geen uitbreiding van de mogelijkheden van vereenzelviging van verschillende rechtspersonen zoals deze in het civiele Amerikaanse ondernemingsrecht aanwezig zijn, aldus het US Supreme Court.<sup>136</sup> Dit betekent dat slechts in bepaalde uit-

---

the parent has exercised actual control over the subsidiary. Further, some courts have also found that direct operator liability could be imposed based merely on the parent corporation's *authority to control* the subsidiary. The continuing validity of the latter decisions relying on the "authority to control" test, if not at least some of the former "actual control" cases, is questionable in light of *United States v. Bestfoods*."

133 D.S. Berry en D.A. Sivas, 'Liability of Parties to Brownfields Transactions Under CERCLA', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 4-6 – 4-7.

134 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 241.

135 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 199 en D.W. Stever, *Law of Chemical Regulation and Hazardous Waste*, Thomson/West, Volume 3, p. 6-232 – 6-235.

136 U.S. v. Bestfoods: "It is a general principle of corporate law that a parent corporation (...) is not liable for the acts of its subsidiaries (...). The Government has indeed made no claim that a corporate parent is liable as an owner or an operator under par. 107 simply because its subsidiary owns or operates a polluting facility. But there is an equally fundamental principle of corporate law, applicable to the parent-subsidary relationship as well as generally, that the corporate veil may be pierced and the shareholder held liable for the corporation's conduct when, *inter alia*, the corporate form would otherwise be misused to accomplish certain wrongful purposes, most notably fraud, on the shareholder's behalf. Nothing in CERCLA purports to rewrite this well-settled rule, either." Zie over deze uitspraak ook onder andere J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions* →

zonderlijke gevallen vereenzelviging, of derivative operator liability,<sup>137</sup> van de moedermaatschappij met haar dochtermaatschappij mag worden aangenomen.<sup>138</sup> Bij het vaststellen van zogenaamde derivative operator liability via piercing/lifting the corporate veil kunnen onder het gangbare Amerikaanse ondernemingsrecht overigens meerdere factoren een rol van betekenis spelen.<sup>139</sup>

Daarnaast oordeelde het US Supreme Court dat een moedermaatschappij wél als operator in de zin van CERCLA aansprakelijk kan worden gehouden voor vervuilende activiteiten verricht in de facility van haar dochtervennootschap, indien zij actual control over deze activiteiten had.<sup>140</sup> Dit betekent niet een controle voortvloeiende uit alleen de rechtspersoonrechtelijke verhoudingen – anders zou toch weer worden teruggevallen op vereenzelviging; piercing/lifting the corporate veil via het aandeelhouderschap van de moedermaatschappij in de dochtermaatschappij – maar controle vanwege actieve betrokkenheid bij de dagelijkse gang van zaken binnen de dochtermaatschappij. Oftewel de dagelijkse participatie van de moedermaatschappij in het management van de facility van haar dochter ten aanzien van de milieuvervuilende activiteiten.<sup>141</sup> Het US Supreme Court heeft het aan

---

*Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003, p. 51, A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 206, R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 241-245, D.W. Stever, *Law of Chemical Regulation and Hazardous Waste*, Thomson/West, Volume 3, p. 6-231 – 6-235 en L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, 'Liability', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-5 – 7-10.

137 Deze terminologie heb ik ontleend aan A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 199.

138 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, vatten de algemene regels met betrekking tot vereenzelviging onder Amerikaans (statelijk) ondernemingsrecht als volgt samen (p. 199): "The basic premise of corporate law is "that a corporation and its stockholders are presumed separate and distinct, whether the corporation has many shareholders or only one. Debts [or liabilities] of the corporation are not the individual indebtedness of its stockholders." This presumption is overcome, and shareholders are found liable for the obligations of the corporate enterprise, only when the party seeking to "pierce the corporate veil" satisfies a two pronged test: "(1) that there be such a unity of interest and ownership that the separate personalities of the corporation and the individual [shareholders] no longer exist and (2) that, if the acts are treated as those of the corporation alone, an inequitable result will follow."

139 Een goed overzicht dienaangaande wordt gegeven door A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 200-201. Het gaat te ver om hier een volledig overzicht van deze omstandigheden te geven. Ik noem er een paar: "(1) use of a corporation as a mere shell for the purpose of operating some particular aspect of the business of an individual or another corporation, (2) commingling of assets of the corporation with those of the individual shareholders, (...) (5) failure to adequately capitalize the corporation for the reasonable risks of the corporate enterprise, (...) (7) identical directors and officers who are responsible for corporate management (...)" Zie ook M.A. Eisenberg, *Corporations And Other Business Organizations*, New York: Thomson/West, negende druk, 2005, p. 190-191, L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, 'Liability', in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-11 – 7-14 en L.P. Schnapf, *Managing Environmental Liability*, New York: Juris Publishing Inc., 2005, Volume 2, Part II, Application to business and corporate transactions, p. 10-1 – 10-14.

140 U.S. v. Bestfoods: "A corporate parent that actively participated in, and exercised control over, the operations of its subsidiary's facility may be held directly liable in its own right under par. 107(a)(2) as an operator of the facility."

141 Het US Supreme Court merkt in de zaak US v. Bestfoods over het begrip 'operator' op: "So, under CERCLA, an operator is simply someone who directs the workings of, manages, or conducts the affairs of a facility. To sharpen the definition for purposes of CERCLA's concern with environmental contamination, an operator must manage, direct, or conduct operations specifically related to pollution, that is, operations having to do with the leakage or disposal of hazardous waste, or decisions about compliance with environmental regulations."

de lagere rechters overgelaten om precies te definiëren wat ‘actual control’ over de (vervuilende) activiteiten inhoudt.<sup>142</sup> Evenals bij het Nederlandse milieurechtelijke begrip drijver van de inrichting het geval is, spelen feitelijke omstandigheden hierbij immers vaak een belangrijke rol van betekenis. Het vereiste van dagelijkse participatie is overigens geen streng vereiste. Lagere rechters hebben geoordeeld dat ook macromanagement van de moedermaatschappij over de facility in eigendom van haar dochtervennootschap voldoende is om de moedermaatschappij als operator van de facility van haar dochtervennootschap aan te duiden.<sup>143</sup>

De controle van de moedermaatschappij over de facility van haar dochtervennootschap moet duidelijk verdergaand zijn dan de controle die een moedermaatschappij normaliter via haar aandeelhouderspositie over de dochtervennootschap heeft, wil er sprake zijn van operator liability van de moedermaatschappij onder CERCLA.<sup>144</sup> Het vereiste van actual control ziet op daadwerkelijke en actieve controle door de moedermaatschappij over de milieuvveruulende activiteiten verricht binnen de facility van de dochtervennootschap.<sup>145</sup>

*Omstandigheden waaronder een moedermaatschappij als aandeelhouder onder CERCLA als operator van de facility van haar dochtervennootschap is te beschouwen*

Welke meer specifieke omstandigheden worden er betrokken bij de beantwoording van de vraag of een moedermaatschappij zélf als operator van de facility van de dochtermaatschappij is aan te duiden? Volgens de Bestfoods-uitspraak van het

142 Een voorbeeld daarvan wordt beschreven in *Toxic Law Reporter (BNA)*, ‘Superfund, Parent Corporation Faces CERCLA Liability As Alter Ego of Subsidiary, Court Rules’, 2003/18, nr. 6, p. 131-132.

143 J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003, merkt daar in een noot het volgende over op (noot 47, p. 78-79): “In *Bestfoods* itself, the Court [het US Supreme Court, RM] did not have to determine whether the defendant was an “operator.” Rather, the Court defined, in a general way, the nature of “operator” liability and remanded the case to the lower courts to apply to the Court’s definition to the facts. This disposition left to lower courts the resolution of two questions. First, the Court did not explain clearly when can it be said that operations are “specifically related to pollution.” The court seemed to limit these operations to “operation having to do with leakage or disposal of hazardous waste, or decisions about compliance with environmental regulations.” But this explanation is itself somewhat ambiguous. It is not clear, for example, how closely related an operation must be in order for it to be an “operation having to do with leakage or disposal of hazardous waste.” Similarly, it is not clear what decisions would constitute “decisions about compliance with environmental regulations (...).” Second, the Court does not spell out the degree of involvement in the activities “specifically related to pollution” that is necessary in order to support a determination that an entity is “manag[ing], direct[ing], or conduct[ing]” such activities. The lower courts seem to be in agreement that “day-to-day control” is not required but that “macromanagement” is sufficient.”

144 D.S. Berry en D.A. Sivas, ‘Liability of Parties to Brownfields Transactions Under CERCLA’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 4-56 (noot 233): “In the aftermath of *United States v. Bestfoods*, it is clear that parent corporations may be directly liable as operators under CERCLA for the activities of their subsidiaries, but only in certain narrow circumstances where the parent’s actions in controlling the subsidiary’s facility deviate sufficiently from the norms of corporate behavior for parent-subsidiary relationships.”

145 L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-6.

US Supreme Court dient er sprake te zijn van controle van de moedermaatschappij over de facility van de dochtervennootschap zélf, en moet deze controle mede betrekking hebben op milieuaspecten ten aanzien van (het grondgebied van) de facility. Het gaat dus níet om de controle die de moedermaatschappij heeft over haar dochtervennootschap via haar rechtspersoonlijke verhouding (dus via haar aandeelhouderschap). Het US Supreme Court merkt daarover in de Bestfoods-zaak het volgende op:

“(...) but CERCLA liability may turn on operation as well as ownership, and nothing in the statute’s terms bars a parent corporation from direct liability for its own actions in operating a facility owned by its subsidiary. (...) In our inquiry into the meaning Congress presumably had in mind when it used the verb “to operate,” we recognized that the statute obviously meant something more than mere mechanical activation of pumps and valves, and must be read to contemplate “operation” as including the exercise of direction over the facility’s activities. (...) The Court of Appeals recognized this by indicating that a parent can be held directly liable when the parent operates the facility in the stead of its subsidiary or alongside the subsidiary in some sort of a joint venture.”<sup>146</sup>

Deze controle ten aanzien van milieuaspecten binnen de facility van de dochtervennootschap kan dus ook aanwezig zijn indien de moedermaatschappij tezamen met de dochtervennootschap de facility drijft (to manage/to operate) in een soort van joint venture. Het aandeelhouderschap of de vertegenwoordiging, bijvoorbeeld via het bestuur over de dochtervennootschap, van de moedermaatschappij in de dochtervennootschap is niet langer hét criterium ter beantwoording van de vraag of de moedermaatschappij al dan niet als een operator onder CERCLA is te kwalificeren.<sup>147</sup> De ‘actual control test’ brengt met zich mee dat, ondanks de omstandigheid dat de moedermaatschappij een aanzienlijke mate van toezicht over haar dochtervennootschap houdt, zij niet als operator van de facility is aan te duiden, indien zij ervoor kiest deze controle niet uit te laten strekken over de (dagelijkse) bedrijvigheid binnen de desbetreffende facility. Het toezicht moet dan beperkt blijven tot hetgeen in het Amerikaanse ondernemingsrecht als gangbaar toezicht over de dochtervennootschap door de moedermaatschappij wordt gezien.<sup>148</sup> De mogelijkheid om controle uit te oefenen over de facility van de doch-

146 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, merken op (p. 220): “(...) the key question in establishing direct liability should be the extent to which the parent corporation participates in activities related to the facility. Evidence relating to the parent corporation’s control of the subsidiary is relevant only to the inquiry of whether the corporate veil should be pierced under a theory of derivative liability.” Zie ook D.W. Stever, *Law of Chemical Regulation and Hazardous Waste*, Thomson/West, Volume 3, 2006, p. 6-231 – 6-235 en R.W. Findley en D.A. Farber, *Environmental Law*, St. Paul: West Group, vijfde druk, 1999, p. 641-642.

147 Zie ook A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 216.

148 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, merken daar nog over op (p. 216): “However, a parent corporation may provide some assurance that the subsidiary facility complies with environmental regulations without exposing the parent to direct “operator” liability for the subsidiary’s facility by instructing its subsidiary to consult with a qualified consultant or outside counsel concerning activities and decisions impacting facility contamination.”

tervennootschap, is op zichzelf dus onvoldoende voor het aannemen van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als operator onder CERCLA wat betreft de facility van haar dochtervennootschap.

Indien het gaat over de rechtsverhoudingen tussen verschillende rechtspersonen, speelt ook de kwestie dat de rechtspersoon uiteindelijk feitelijk handelt via natuurlijke personen een rol van betekenis. De natuurlijke personen nemen immers feitelijk de beslissingen namens de rechtspersoon. In hoeverre is de moedermaatschappij dan via de (feitelijke) handelingen van natuurlijke personen bij haar werkzaam eventueel als operator van de facility van haar dochtervennootschap te beschouwen? De aanwezigheid van dual officers – dat wil zeggen bestuurders en andere managers die werkzaam zijn bij zowel de moedermaatschappij als bij de dochtervennootschap – is niet voldoende om aan te nemen dat de moedermaatschappij dus de operator is van de facility van haar dochtervennootschap. De moedermaatschappij is pas als operator te beschouwen indien dergelijke dual officers/directors in hun capaciteit van officer of director van de moedermaatschappij beslissingen hebben genomen en toezicht hebben gehouden over de activiteiten verricht binnen de facility van de dochtervennootschap.<sup>149</sup>

Ten slotte kan de aanwezigheid van een agent<sup>150</sup> van de moedermaatschappij, die duidelijk alleen voor de moedermaatschappij optreedt binnen de facility van de dochtervennootschap en geen (officiële) functie heeft binnen de dochtervennootschap,<sup>151</sup> én die leiding geeft aan de milieuvervuilende activiteiten binnen die facility, een aanwijzing zijn dat de moedermaatschappij is aan te merken als operator. Het betreft dan situaties waarin werknemers in dienst van de moedermaatschappij namens de moedermaatschappij handelingen verrichten binnen de facility van de dochtervennootschap, en daarbij milieuverontreiniging veroorzaken. Het gaat volgens het US Supreme Court daarbij in de kern om de volgende vraag: “The critical question is whether, in degree and detail, actions directed to the facility by an agent of the parent alone are eccentric under accepted norms of parental oversight.”<sup>152</sup> Het komt dus neer op de volgende vraag: zijn de handelingen en beslis-

149 U.S. v. Bestfoods: “In imposing direct liability on these grounds, the District Court failed to recognize that “it is entirely appropriate for directors of a parent corporation to serve as directors of its subsidiary, and that fact alone may not serve to expose the parent corporation to liability for its subsidiary’s acts (...). We anticipated a further possibility above, however, when we observed that a dual officer or director might depart so far from the norms of parental influence exercised through dual office holding as to serve the parent, even when ostensibly acting on behalf of the subsidiary in operating the facility.” Zie ook A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 215 en L.P. Schnapf, *Managing Environmental Liability, Business Transaction and Brownfield Redevelopment*, Huntington: Juris Publishing, Volume 2, Application to business and corporate transactions, p. 10-14 – 10-17.

150 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: “corporate agent: An agent authorized to act on behalf of a corporation; broadly, all employees and officers who have the power to bind the corporation.”

151 U.S. v. Bestfoods: “The District Court’s opinion speaks of an agent of CPC alone who played a conspicuous part in dealing with the toxic risks emanating from the operation of the plant. G.R.D. Williams worked only for CPC; he was not an employee, officer, or director [van de dochtermaatschappij, RM] (...).”

152 U.S. v. Bestfoods: “Yet another possibility, suggested by the facts of this case, is that an agent of the parent with no hat to wear but the parent’s hat might manage or direct activities at the facility.”



singen van de werknemer in dienst van de moedermaatschappij (de agent) in de facility van de dochtervennootschap verdergaand dan hetgeen acceptabel wordt geacht bij gewoon toezicht van de moedermaatschappij over haar dochtervennootschap voortvloeiende uit de rechtspersoonrechtelijke verhoudingen? Uiteraard is beantwoording van deze vraag afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de regels zoals ontwikkeld in het (algemene) Amerikaanse ondernemingsrecht een belangrijke rol spelen.

De door het US Supreme Court geformuleerde rechtsregels in de Bestfoods-zaak geven wel duidelijkheid, maar laten nog steeds een aantal rechtsvragen open. Bijvoorbeeld: hoever moet de controle van de moedermaatschappij over de activiteiten binnen de facility van haar dochtervennootschap reiken om een moedermaatschappij als operator van de facility van haar dochtervennootschap aan te kunnen duiden? Wanneer is het gedrag van een agent of officer van de moedermaatschappij binnen de facility van haar dochtervennootschap dermate afwijkend van hetgeen normaal is in de verhouding moeder-dochtermaatschappij (eccentric), dat gesteld kan worden dat de moedermaatschappij operator is?<sup>153</sup> Bij de beantwoording van deze vragen zal de rechter alle omstandigheden van het geval moet laten meewegen.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de Bestfoods-zaak de omstandigheden waaronder een moedermaatschappij als aandeelhouder als operator van een facility van haar dochtervennootschap kan worden aangemerkt onder CERCLA heeft beperkt.<sup>154</sup> Deze beperking heeft meer duidelijkheid geschapen, en is gunstig voor moedermaatschappijen die nu weten dat zij niet snel als operator van facilities van hun dochtervennootschappen onder CERCLA zijn aan te merken. De moedermaatschappij moet dan geen actual control uitoefenen over de milieuvervuilende activiteiten van de dochtervennootschap, en zij mag geen werknemers (directors, officers of agents) inzetten om direct namens haar toezicht te houden op de werkzaamheden verricht in de facility van haar dochtervennootschap.

---

153 J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003, merkt daarover op (p. 54): "The Court's description of the four circumstances in which a parent corporation can be subject to direct liability as an "operator" of a facility provides considerable guidance – but leaves many questions to be resolved. Most basically, how is a court to determine whether the actions of a common officer or a parent corporation's agent are "eccentric" – that is, outside of the norms of corporate behaviour which define "the normal relationship between parent and subsidiary"? In such a determination a question of fact that is to be grounded upon evidence presented to the court? Is it a mixed question of law and fact?"

154 J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003, p. 54 en p. 56. Op p. 56 merkt Hyson op: "The effort to impose direct liability [dus: als operator van de facility, RM] will frequently require that the plaintiff assume the task of presenting evidence that overcomes the presumption that actions of common officers and directors, in directing activities at the facility, were undertaken on behalf of the subsidiary, not the parent."

### 8.5.5 Aansprakelijkheid van een bestuurder van de rechtspersoon als operator van de facility onder CERCLA

De Bestfoods-uitspraak van het US Supreme Court heeft betrekking op de rol van een moedermaatschappij als eigenaar-aandeelhouder van een dochtervennootschap, en niet op de situatie waarin er sprake is van aansprakelijkheid van een bestuurder van de rechtspersoon. Het komt regelmatig voor dat de eigenaar-aandeelhouder (moedermaatschappij) ook bestuurder is van de dochtervennootschap. Een bestuurder van een rechtspersoon is slechts aansprakelijk als operator van een facility (gedreven door die rechtspersoon) onder CERCLA indien hij persoonlijk handelt binnen één van de vier categorieën zoals opgesomd in 42 U.S.C. par. 9607(a).<sup>155</sup>

Het gaat eigenlijk om individual control en de authority to control van de bestuurder van de rechtspersoon over de desbetreffende vervuilende activiteiten in de facility primair gedreven door die rechtspersoon.<sup>156</sup> De beoordeling van de vraag of een bestuurder van de rechtspersoon aansprakelijk kan worden gehouden als operator van de facility van de rechtspersoon is, evenals in Nederland, afhankelijk van vele factoren. *A.J. Topol*, *R. Snow* en *C. Broun* merken daarover, aan de hand van de jurisprudentie, het volgende op:

“The factual circumstances in which corporate officers and directors have been found to have control vary dramatically. The court in *Michigan v. ARCO Industries Corp.* “distilled” these diverse facts, found that there were a number of factors which suggested a standard, and announced that in deciding whether to impose individual CERCLA liability on officers and directors of a corporation, a court should weigh the factors of (1) the corporate individuals’ degree of authority and power to control corporate practices and policies in general and (2) his specific responsibility for health and safety practices in particular in order to answer the question of whether the individual had the power to prevent or significantly abate the hazardous waste discharge that is the basis of the claim (...). The court indicated that it would look to evidence of (1) an individual’s authority to control, such as “whether the individual holds the position of officer or director, especially where there is a co-existing management position”; and (2) the “distribu-

<sup>155</sup> Aansprakelijkheid onder CERCLA hoeft trouwens niet tot alleen bestuurders beperkt te blijven, maar kan ook betrekking hebben op werknemers die geen bestuurder van de rechtspersoon zijn. Zie bijvoorbeeld L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-27: “Employee liability generally is based upon this theory of statutory liability, as a manager’s or supervisor’s personal liability often is grounded upon her control or supervision over an illegal activity. Even employees of relatively low rank potentially may be held liable for violations of the major federal environmental laws. Thus, in 1989, the Second Circuit upheld the conviction of a civilian maintenance foreman at a military installation under the reporting requirements of CERCLA section 103.” J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003, p. 57.

<sup>156</sup> A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 229 en 232-233. Op p. 232-233 merken zij op: “It appears to us that regardless of whether one applies the NEPACCO “authority to control” test, the ARCO Industries “prevention” test, or the Carolina Transformer “look behind veil” test, the end result would most likely be the same: the crucial factor in each test is individual “control.”

tion of power within the corporation, including position in the corporate hierarchy and percentage of corporate shares owned.” Along with these power factors, the court would consider “evidence of responsibility undertaken for waste disposal practices” (such as a job description or more informal acceptance of responsibility), “including evidence of responsibility undertaken and neglected as well as affirmative attempts to prevent unlawful hazardous waste disposal” (...). The *ARCO Industries* court recognized that it was fashioning a “prevention test” with its focus on whether the corporate officer or director could have prevented the hazardous discharge rather than on the traditional corporate law tests for imposition of personal liability – namely, the failure to comply with corporate formalities, and/or personal knowledge, direct supervision or active participation in the tortious conduct.”<sup>157</sup>

Onder CERCLA zijn (a) de zeggenschap over de vervuilende activiteiten en daarmee de mogelijkheid om in te grijpen (authority test), (b) de mogelijkheid om via de bestuurderspositie de verboden activiteiten te beëindigen (prevention test), en/of (c) de persoonlijke participatie van de bestuurder bij de desbetreffende vervuilende activiteiten, de leidende beginselen ter beantwoording van de vraag of de bestuurder van de rechtspersoon persoonlijk als operator aansprakelijk kan worden gehouden onder CERCLA ten aanzien van de facility primair gedreven door die rechtspersoon.<sup>158</sup>

Aan welke omstandigheden valt concreet te denken? *Bergeson, Campbell en Salathé Gernhard* noemen de volgende omstandigheden wat betreft actual personal participation in waste disposal activities: “actual participation in the wrongful act; participation in the company’s waste disposal practices demonstrating a role in determining how and where waste should be disposed; participation in negotiations for the disposal site for company-produced waste; and participation in the management of and/or arranging for the disposal of hazardous waste.”<sup>159</sup> Ten aanzien van de van de authority to control en de prevention test vermelden zij: “having responsibility for the facility at which the violation occurred and supervising it; personal involvement in operation and decision-making process at the facility where the violation occurred; or control of the offending activity is in the individual’s direct line of responsibility and this capacity to control is coupled with some act or failure to act.”<sup>160</sup>

157 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 229-230.

158 L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, benoemen twee (basis)principes (p. 7-23 en p. 7-24): “Such liability may be based either on the individual’s (1) actual personal participation in the waste disposal activities; and/or (2) authority to control the wrongful conduct (“authority to control test”) or ability to prevent contamination (“prevention test”). In some cases imposing direct liability on individuals, the decision is based upon a combination of these two theories.”

159 L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-25 en p. 7-26.

160 L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-26 en p. 7-27.

De factoren die een rol van betekenis kunnen spelen variëren nogal, zeker als het gaat om de authority to control,<sup>161</sup> een beginsel vergelijkbaar met het criterium van het in zijn macht hebben en het zeggenschaps criterium in het Nederlandse bestuurs- en milieurecht. Daarbij kunnen factoren een rol spelen als: “(1) the corporate individual’s degree of authority and power to control corporate practices and policies in general and (2) his specific responsibility for health and safety practices in particular in order to answer the question of whether the individual had the power to prevent or significantly abate the hazardous waste discharge that is the basis of the claim.”<sup>162</sup> Het gaat dus tevens om de positie van de bestuurder binnen het bestuur en management van de rechtspersoon (indien het bestuur door meerdere bestuurders wordt gevormd), en de verhoudingen binnen de rechtspersoon (de hiërarchie).

De prevention test schept eigenlijk het kader waarbinnen de vraag moet worden beantwoord of de bestuurder, gezien zijn zeggenschapspositie binnen de rechtspersoon, de vervuilende handelingen had kunnen voorkomen (voorzorg). Zie hier weer de overeenkomst met de Nederlandse jurisprudentie waarin ook wordt gesteld dat een bestuurder van een rechtspersoon als overtreder verantwoordelijk kan worden gehouden indien hij gezien zijn zeggenschapspositie (in zijn macht hebben) had kunnen ingrijpen en dus de overtreding of vervuiling had kunnen voorkomen. Deze prevention test bevordert actief en verantwoord optreden van bestuurders van rechtspersonen op dit gebied, en verlangt een meer praktische en effectieve handelswijze van bestuurders van rechtspersonen.<sup>163</sup>

*Topol, Snow* en *Broun* concluderen naar aanleiding van Amerikaanse jurisprudentie:

“In a manner somewhat different from the *ARCO Industries* “distillation” of relevant factors, the court in *United States v. Carolina Transformer Co.*<sup>164</sup> summarized the variables that have been used by courts to determine whether an officer of a company can be held liable under CERCLA. In that case, the court found that corporate officers/directors/shareholders who owned all of the stock of the company and who personally supervised the day-to-day operations of the business were liable owners and operators. The relevant factors that the court considered in reaching this decision included: the size of each individual’s stock ownership; the level and degree of activity of each individual’s participation in the management of the corporation; the presence at and supervision of the operation of the facility; the individuals’ participation in the founding of the company; the capacity and general responsibility of the individuals for controlling the disposal

---

161 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, pp. 229-230.

162 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 230.

163 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 231.

164 U.S. v. Carolina Transformer Co., 978 F.2d 832, C.A.4 (N.C.), 1992.

of hazardous waste at the facility; the power to direct negotiations concerning the disposal of wastes; and the capacity to prevent and abate the damage caused by the disposal of hazardous wastes. (...) It appears to us that regardless of whether one applies the *NEPACCO* “authority to control” test, the *ARCO Industries* “prevention” test, or the *Carolina Transformer* “look behind veil” test, the end result would most likely be the same: the crucial factor in each test is individual “control”.<sup>165</sup>

Veel van deze omstandigheden zijn vaak ook van belang bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van drijverschap en overtrederschap van een bestuurder van een rechtspersoon die in Nederland een inrichting in de zin van de Wm drijft. De beginselen ontwikkeld in de Amerikaanse jurisprudentie ten aanzien van CERCLA zoals hiervoor besproken, bieden extra handvaten aan de Nederlandse bestuursrechter ter beoordeling van de vraag wanneer een bestuurder als drijver van de inrichting kan worden beschouwd, en wanneer hij als overtreder kan worden aangesproken voor het ongedaan maken van de onwenselijke gevolgen van de overtreding van de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften. Zie daarover par. 8.6.3.

#### 8.5.6 *Aansprakelijkheid van aandeelhouders, natuurlijke personen, als operator onder CERCLA*

Aandeelhouders zullen onder CERCLA niet snel als operator van een facility kunnen worden aangeduid. Ten aanzien van moedermaatschappijen is hiervoor al uitgebreid ingegaan op de strekking van de Bestfoods-uitspraak van het US Supreme Court. Wat betreft de aansprakelijkstelling van individuele aandeelhouders, niet-rechtspersonen, kan het volgende worden gezegd. De mogelijkheid om een aandeelhouder aansprakelijk te houden als operator van een facility onder CERCLA zijn beperkt. Het aandeelhouderschap op zichzelf is onvoldoende om als operator van de facility te kunnen worden aangeduid, tenzij de aandeelhouder persoonlijk heeft geparticipeerd in de desbetreffende milieuvervuilende activiteiten. Indien de aandeelhouder tevens bestuurder of werknemer van de vennootschap is, is het hiervoor besproken beoordelingskader (authority to control test en de prevention test) uiteraard weer van groot belang bij de beoordeling van de vraag of de aandeelhouder, bestuurder of werknemer als operator van de facility is aan te duiden.<sup>166</sup> *Bergeson, Campbell en Salathé Gernhard* geven de aandeelhouder nog het

<sup>165</sup> A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 232-233.

<sup>166</sup> L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-29 – 7-30: “Generally, shareholders have been held personally liable only where they participated to some degree in corporate affairs. However, a “passive” shareholder, i.e., a shareholder who does not actively participate in the corporation’s management, may be held personally liable as an owner or operator where he also is a director, officer or employee of the corporation and either maintains significant control over the site, or satisfies the authority to control or prevention test. Shareholders also may be held directly liable under CERCLA, based upon their involvement in corporate decision-making, and, specifically, in the disposal of waste.”

volgende advies mee: “In sum, a corporate shareholder who seeks to avoid liability under federal environmental laws for the wrongdoing of the corporation, should seek to minimize both actual control and potential involvement with corporate affairs, as there is no bright-line liability test.”<sup>167</sup> Hoe dan ook, de gewone, passieve aandeelhouder zal geen risico lopen boven het bedrag van zijn investering (de prijs die hij heeft betaald voor zijn aandelen) wat betreft aansprakelijkheid onder CERCLA.

#### 8.5.7 *Aansprakelijkheid van kredietverschaffers onder CERCLA (lender liability)*

CERCLA veroorzaakte gedurende de jaren '80 en '90 van de twintigste eeuw onrust onder kredietverschaffers. Kredietverschaffers, zoals banken, liepen namelijk het risico om als operator aansprakelijk te worden gehouden onder CERCLA. De redenering was als volgt: de kredietverschaffer (bank) kan soms gezien haar positie als geldschieter invloed uitoefenen op het beleid van de (rechts)persoon, de geldlener, die operator van de facility is. Daarnaast kan een kredietverschaffer, indien haar lening niet wordt betaald, meestal de aan de financiering gekoppelde zekerheidstelling uitwinnen en het bedrijf van de geldlener overnemen en doorverkopen (foreclosure).<sup>168</sup> Vergelijk de positie van bijvoorbeeld een hypotheek- of pandhouder in Nederland, die de desbetreffende (on)roerende zaak kan uitwinnen indien de lening niet wordt terugbetaald. Op het moment dat de kredietverschaffer de onderneming gaat drijven, of beter gezegd zeggenschap gaat uitoefenen over de activa waarmee de onderneming wordt gedreven, is hij aansprakelijk als operator onder CERCLA.

In de Verenigde Staten is de potentiële aansprakelijkheid van kredietverschaffers onder CERCLA een belangrijk punt van discussie geweest. De kredietverschaffers werden terughoudender ten aanzien van het verstrekken van leningen aan operators van facilities. Deze terughoudendheid was vanuit maatschappelijk en economisch standpunt gezien onwenselijke. Immers, externe kredietverschaffers zoals banken zijn vaak onontbeerlijk voor de levensvatbaarheid van (industriële) ondernemingen. Investerings worden vaak gefinancierd via leningen. Indien banken vanwege mogelijke aansprakelijkheid onder CERCLA niet meer bereid zijn leningen te verstrekken, kan dit een ontwrichting van het maatschappelijke handelsverkeer met zich meebrengen. Bedrijven kunnen hun bedrijfsvoering dan niet meer extern financieren, zich geen uitbreidingen veroorloven en geen strategische bedrijfsovername uitvoeren. Dit effect van CERCLA werd als onwenselijk ervaren door de federale Amerikaanse wetgever.

---

<sup>167</sup> L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-30.

<sup>168</sup> Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: “foreclosure: A legal proceeding to terminate a mortgagor’s interest in property, instituted by the lender (the mortgagee) either to gain title or to force a sale in order to satisfy the unpaid debt secured by the property.”

Het gevaar voor de kredietverschaffer om als operator van een facility van de lener (mede)aansprakelijk te worden gehouden onder CERCLA dreigt met name in die gevallen waarin de kredietverschaffer vreest dat de lening niet kan worden terugbetaald, en zich (a) daarom met de bedrijfsvoering van de lener gaat bemoeien of (b) haar zekerheidsrecht gaat uitwinnen en daarbij de bedrijfsvoering over de onderneming/facility overneemt van de lener om de met een hypotheek- en pandrecht bezwaarde activa (gebouwen e.d.) te verkopen (foreclosure). In 1996 is er een speciale federale wet in de VS geïntroduceerd, de Asset Conservation Act, die specifiek op dit soort situaties betrekking heeft. De wet heeft ook betrekking op CERCLA,<sup>169</sup> en beschermt de kredietverschaffer die een zekerheidsrecht heeft op (onderdelen) van de facility gedreven door de operator/lener. In CERCLA valt sindsdien het volgende te lezen (zie 42 U.S.C. par. 9601 (20)):

“(E) Exclusion of lenders not participants in management.

(i) Indicia of ownership to protect security. The term “owner or operator” does not include a person that is a lender that, without participating in the management of a vessel or facility, holds indicia of ownership primarily to protect the security interest of the person in the vessel or facility.

(ii) Foreclosure. The term “owner or operator” does not include a person that is a lender that did not participate in management of a vessel or facility prior to foreclosure, notwithstanding that the person

(I) forecloses on the vessel or facility; and

(II) after foreclosure, sells, re-leases (in the case of a lease finance transaction), or liquidates the vessel or facility, maintains business activities, winds up operations, undertakes a response action under section 9607(d)(1) of this title or under the direction of an on-scene coordinator appointed under the National Contingency Plan, with respect to the vessel or facility, or takes any other measure to preserve, protect, or prepare the vessel or facility prior to sale or disposition, if the person seeks to sell, re-lease (in the case of a lease finance transaction), or otherwise divest the person of the vessel or facility at the earliest practicable, commercially reasonable time, on commercially reasonable terms, taking into account market conditions and legal and regulatory requirements.

(F) Participation in management. For purposes of subparagraph (E)

(i) the term “participate in management”

(I) means actually participating in the management or operational affairs of a vessel or facility; and

(II) does not include merely having the capacity to influence, or the unexercised right to control, vessel or facility operations;

(ii) a person that is a lender and that holds indicia of ownership primarily to protect a security interest in a vessel

---

<sup>169</sup> L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, ‘Liability’, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-43.

or facility shall be considered to participate in management only if, while the borrower is still in possession of the vessel or facility encumbered by the security interest, the person

(I) exercises decisionmaking control over the environmental compliance related to the vessel or facility, such that the person has undertaken responsibility for the hazardous substance handling or disposal practices related

to the vessel or facility; or

(II) exercises control at a level comparable to that of a manager of the vessel or facility, such that the person

has assumed or manifested responsibility

(aa) for the overall management of the vessel or facility encompassing day-to-day decisionmaking with respect to environmental compliance; or

(bb) over all or substantially all of the operational functions (as distinguished from financial or administrative functions) of the vessel or facility other than the function of environmental compliance;

(iii) the term “participate in management” does not include performing an act or failing to act prior to the time at

which a security interest is created in a vessel or facility; and

(iv) the term “participate in management” does not include

(I) holding a security interest or abandoning or releasing a security interest;

(II) including in the terms of an extension of credit, or in a contract or security agreement relating to the extension, a covenant, warranty, or other term or condition that relates to environmental compliance;

(III) monitoring or enforcing the terms and conditions of the extension of credit or security interest;

(IV) monitoring or undertaking 1 or more inspections of the vessel or facility;

(V) requiring a response action or other lawful means of addressing the release or threatened release of a hazardous substance in connection with the vessel or facility prior to, during, or on the expiration of the term of the extension of credit;

(VI) providing financial or other advice or counseling in an effort to mitigate, prevent, or cure default or

diminution in the value of the vessel or facility;

(VII) restructuring, renegotiating, or otherwise agreeing to alter the terms and conditions of the extension

of credit or security interest, exercising forbearance;

(VIII) exercising other remedies that may be available under applicable law for the breach of a term or condition

of the extension of credit or security agreement; or

(IX) conducting a response action under section 9607(d) of this title or under the direction of an on-scene

coordinator appointed under the National Contingency Plan,

if the actions do not rise to the level of participating in management (within the meaning of clauses (i) and (ii)).”

Kortom, de kredietverschaffer moet actual participation in management met betrekking tot de facility uitoefenen om te kunnen worden aangemerkt als operator onder CERCLA, hetgeen betekent dat hij actief participeert in het management



van de facility en daarbij decisionmaking control heeft over de activiteiten verricht binnen de facility waaraan milieuaspecten zijn verbonden. Als voorbeeld kan worden genoemd de decisionmaking control met betrekking tot de verantwoordelijkheid over gevaarlijke stoffen en de verwerking van dit soort stoffen (disposal practices). Bepaalde activiteiten van de kredietverschaffer zijn specifiek van participating in management uitgesloten.<sup>170</sup> Ook foreclosure brengt niet automatisch mee dat de financier operator van de facility is. Al met al een zeer uitgebreide regeling omtrent de beantwoording van de vraag of, en wanneer, een kredietverschaffer als operator van een facility onder CERCLA is aan te merken, waarbij duidelijk is dat een kredietverschaffer niet snel onder CERCLA zal worden aangemerkt als operator van een facility.

#### *Situatie in Nederland*

Is een dergelijke wettelijke regeling ook noodzakelijk en wenselijk in Nederland? Er is nog niet nagedacht over de invoering van een dergelijk wettelijke regeling met betrekking tot kredietverschaffers als overtreders van milieu(vergunnings)voorschriften van overtredingen begaan binnen de onderneming/inrichting van de lener in Nederland. Het is niet ondenkbaar dat een kredietverschaffer op een bepaald moment een bepaalde mate van zeggenschap verkrijgt over de activiteiten uitgevoerd binnen de onderneming/inrichting van de lener, zodat gezegd kan worden dat hij het in zijn macht heeft om de overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften te beëindigen. Dit kan zeker het geval zijn, indien de kredietverschaffer bepaalde zaken, onderdeel van de inrichting, verkoopt in verband met de uitwinning van het door hem bedongen zekerheidsrecht (pand- of hypotheekrecht). Het feit dat tot dusverre door de Nederlandse wetgever geen aandacht is besteed aan dit probleem, kan mede voortvloeien uit de omstandigheid dat deze situatie zich nog niet heeft voorgedaan in Nederland. Uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt niet dat kredietverschaffers in Nederland door het bevoegd gezag worden aangesproken als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de onderneming/inrichting gedreven door de lener.

Het is dus denkbaar dat een kredietverschaffer als drijver van de inrichting gedreven door haar lener kan worden beschouwd, buiten de situatie waarin de kredietverschaffer als hypotheek- of pandhouder zaken onderdeel vormend van de inrichting uitwint, indien hij zich intensief en persoonlijk bemoeit met de activiteiten verricht binnen die inrichting. Dan handelt de kredietverschaffer immers als degene die zeggenschap uitoefent over de activiteiten verricht binnen de inrichting primair gedreven door de lener, en heeft hij het in zijn macht om de overtreding te beëindigen. De kredietverschaffer zou dan ook als overtreder kunnen worden aangesproken.

---

<sup>170</sup> CERCLA 42 U.S.C. par. 9601(20)(F).

De maatschappelijke rol van de kredietverschaffer is naar mijn mening een andere dan bijvoorbeeld die van een curator in faillissement, die door de ABRvS wél standaard als drijver van de inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde, en als overtreder ten aanzien van overtredingen begaan binnen die inrichting, wordt aangemerkt. In hoofdstuk 9 zal uitgebreid worden ingegaan op de vraag waarom een faillissementscurator q.q. wel als drijver van de inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde én als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften geldende ten aanzien van de faillissementsboedel kan worden beschouwd. Het aanduiden van de curator q.q. als drijver van de inrichting of als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften zal maatschappelijk gezien redelijk voor de hand liggen, zo zal in het volgende hoofdstuk blijken. Dit is anders in het geval een kredietverschaffer wordt aangemerkt als drijver van een inrichting van de lener, en vervolgens verantwoordelijk kan worden gehouden voor de naleving van de voor de desbetreffende inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften. En er is nog een verschil. De positie van de kredietverschaffer kan niet gelijk worden gesteld met die van een faillissementscurator. Een kredietverschaffer zal persoonlijk door het bevoegd gezag worden aangesproken indien hij als drijver van de inrichting en als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften wordt aangeduid. Dat is bij een curator (meestal) niet het geval. De curator wordt slechts in zijn hoedanigheid van curator (qualitate qua, q.q.) als drijver van de inrichting én als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften beschouwd (zie hoofdstuk 9).

Een positief effect van het onder omstandigheden aanmerken van een kredietverschaffer als drijver van een inrichting en als diegene die verantwoordelijk is voor de naleving van de voor die inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften, zou kunnen zijn dat kredietverschaffers meer gaan letten op de potentiële milieurisico's die aan de bedrijfsvoering van de lener zijn verbonden, en (technische) eisen dienaangaande gaan stellen vóórdat een lening wordt verstrekt. Een dergelijke marktwerking, waarbij milieudoelstellingen worden bereikt via de interactie tussen bepaalde marktpartijen, zoals in dit geval de partijen betrokken bij een overeenkomst van lening, kan meer 'milieubewustheid' creëren. Uit een dergelijke marktwerking kunnen ook weer andere effecten voortvloeien. Bijvoorbeeld het effect dat kredietverschaffers op deze manier steeds meer (maatschappelijke) macht krijgen. Op deze discussie zal ik hier echter niet verder ingaan.

Gezien de belangrijke functie van kredietverschaffers binnen het handelsverkeer, lijkt het mij niet voor de hand liggend dat kredietverschaffers gemakkelijk als drijver van een inrichting gedreven door hun lener, en vervolgens als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften, zijn aan te duiden. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de mate van bemoeienis met de activiteiten verricht binnen de inrichting, kan dat echter wel het geval zijn. Dit kan tevens het geval zijn indien de kredietverschaffer bepaalde activa uitwint ter voldoening van de door hem verstrekte geldlening. De Nederlandse bestuursrechter dient naar mijn mening wel terughoudend te zijn bij het aanspreken van kredietverschaffers met betrekking tot overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de

onderneming/inrichting van de lener. Dit zou het systeem van kredietverschaffing – erg belangrijk binnen het bedrijfsleven – te zeer kunnen bemoeilijken.

Daarnaast is het, zoals reeds besproken in par. 3.4.2 en in par. 7.4, soms mogelijk om een kredietverschaffer als ongerechtvaardigd verrijkte in de zin van art. 75 lid 3 Wbb aan te spreken indien de overheid de vervuilde grond heeft gesaneerd en vervolgens de gemaakte saneringskosten tracht te verhalen op een ongerechtvaardigd verrijkte.<sup>171</sup> De redenering is dan dat de hypotheekhouder (kredietverschaffer) is verrijkt vanwege de saneringswerkzaamheden uitgevoerd door de overheid, aangezien de waarde van de onroerende zaak waarop het hypotheekrecht is gevestigd is gestegen, en de hypotheekhouder *dús* zijn vordering op de hypotheekgever/schuldenaar via het uitwinnen van de onroerende zaak (grotendeels) kan terug krijgen. Deze gedachtegang is niet geheel onomstreden, zie daarover de par. 3.4.2 en par. 7.4. Er zijn geen aanwijzingen in de Nederlandse jurisprudentie dat dergelijke ongerechtvaardigde verrijksacties ook daadwerkelijk en met enige regelmatig tegen kredietverschaffers in Nederland worden ingesteld.

## 8.6 Slotanalyse en conclusies

### 8.6.1 *De bestuurder van een rechtspersoon als (mede)overtreder*

De reikwijdte van de begrippen drijver van de inrichting en (mede)overtreder van de milieu(vergunnings)voorschriften valt grotendeels samen. Aangezien deze begrippen mede ten dienste staan ten behoeve van een efficiënte naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften, kan het bevoegd gezag ook (feitelijke) bestuurders van rechtspersonen persoonlijk aanspreken tot naleving. Zeggenschap van bestuurders van rechtspersonen over de activiteiten verricht binnen de inrichting waaruit het in zijn macht hebben om een bepaalde overtreding te beëindigen voortvloeit, wordt door de bestuursrechter redelijk snel aangenomen. De civiele rechter mengt zich niet in deze specifiek in het milieu- en bestuursrecht ontwikkelde mogelijkheden tot het kunnen aanspreken van bestuurders van rechtspersonen. Daardoor is een bestuurder van een rechtspersoon gemakkelijker aan te spreken door het bevoegd gezag wat de handhaving van milieu(vergunnings)vergunningsvoorschriften betreft, in vergelijking tot civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders op grond van onrechtmatige daad. In het civiele recht moet immers worden aangetoond dat de bestuurder van de rechtspersoon een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, dat juridisch als voldoende ernstig is te kwalificeren. Persoonlijke aansprakelijkheid van de

---

<sup>171</sup> *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1993-1994, 22 727, nr. 11, p. 6 (de Notitie): “De vraag of een hypotheekbank wordt verrijkt moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. Omstandigheden die een rol kunnen spelen zijn niet alleen de vraag of de bank tot uitwinning van de zekerheid is overgegaan, maar ook meer in het algemeen diens positie ten opzichte van het vermogen van de eigenaar (*Kamerstukken II* 1992/93, 21 556, nr. 21, blz. 34).”

bestuurder van een rechtspersoon op grond van een onrechtmatige daad wordt derhalve niet heel gemakkelijk aangenomen in de civiele rechtspraak, ook niet in geval van milieuschade.

Het verantwoordelijk houden van bestuurders/rechtspersonen van rechtspersonen (moeder-dochtervennootschapverhoudingen) voor de naleving van de voor de onderneming/inrichting van de dochtervennootschap geldende milieu(vergunnings)voorschriften, is echter niet te vergelijken met algehele rechtspersoonrechtelijke vereenzelviging van de rechtspersoon met haar bestuurder(s). Slechts ten aanzien van de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften bestaat er een groter risico voor bestuurders van rechtspersonen om door het bevoegd gezag te kunnen worden aangesproken voor zover het de handhaving van die milieu(vergunnings)voorschriften betreft. De achterliggende gedachte van het verantwoordelijk houden van de bestuurder voor de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, is dat de bescherming van het milieu dermate van algemeen belang is, dat het handhavende bevoegd gezag gemakkelijk iemand moet kunnen aanspreken die een bepaalde zeggenschap heeft over de overtredende activiteiten, en die het dienengevolge in zijn macht heeft om de overtredingen te beëindigen.

Het feit dat het hier de handhaving betreft van milieu(vergunnings)voorschriften, betekent dat de eisen voor het bestuursrechtelijke verantwoordelijk kunnen houden van bestuurders van rechtspersonen soepeler zijn in vergelijking met de mogelijkheden van civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders via de onrechtmatige daadsactie. Bestuurders vallen onder de groep personen die zeggenschap hebben en het in hun macht hebben om een bepaalde milieuovertreding te beëindigen. De handhaving van milieu(vergunnings)voorschriften door het bevoegd gezag is dermate belangrijk, dat een soepelere verantwoordelijkstelling in het bestuursrecht, in vergelijking tot de aansprakelijkstelling in het privaatrecht, valt te rechtvaardigen vanuit een algemeen (milieu)belang. Daarom valt de discrepantie tussen het bestuursrecht en het privaatrecht op dit punt te rechtvaardigen.

#### 8.6.2 *De enig of groot aandeelhouder als (mede)overtreder?*

De positie van de enig of meerderheidsaandeelhouder binnen een vennootschap is een wezenlijk andere dan die van een bestuurder van een rechtspersoon, aangezien een aandeelhouder in het algemeen niet het dagelijkse beleid voert over de door de vennootschap gedreven onderneming/inrichting. Een enig of meerderheidsaandeelhouder kan echter via zijn zeggenschapspositie binnen de vennootschap potentieel wél invloed uitoefenen op het uit te voeren milieubeleid binnen de onderneming/inrichting gedreven door de vennootschap. In uitzonderingsgevallen kan een enig of meerderheidsaandeelhouder met succes worden aangesproken tot beëindiging van overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften en tot betaling van mogelijke bestuursdwangkosten gemaakt door het bevoegd gezag. Hij moet dan persoonlijke betrokkenheid hebben bij de desbetreffende overtreding, en het in zijn macht hebben gehad om deze overtreding te beëindigen. Het aanmerken

van een aandeelhouder als (mede)overtreder in het milieurecht zal daarom beperkt (moeten) blijven tot die gevallen waarin sprake is van een nauwe relatie tussen de (actieve) enig of groot aandeelhouder en de overtredende vennootschap, en heeft geen betrekking op situaties waarin de desbetreffende aandeelhouder alleen is aan te merken als kapitaalverschaffer van de vennootschap. De vele aandeelhouders van een olieconcern zullen bijvoorbeeld niet als (mede)overtreders van de voor de vennootschap waarvan zij aandeelhouder zijn geldende milieu(vergunnings)voorschriften kunnen worden aangemerkt.

Een enig of groot aandeelhouder van een BV kan onder omstandigheden wél persoonlijk zijn betrokken bij de overtreding en het in zijn macht hebben om een overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften te beëindigen. Ik ben van mening dat bijkomende omstandigheden van groot belang zijn voor beantwoording van de vraag of een enig of groot aandeelhouder als overtreder kan worden aangemerkt. Dat kan mijns inziens in gevallen waarin de aandeelhouder misbruik van zijn positie als aandeelhouder maakt (zie par. 8.4). Uit een recente uitspraak blijkt dat ook de bestuursrechter terughoudend is wat betreft het aanspreken van de enig (indirect) aandeelhouder als (mede)overtreder.<sup>172</sup> Gezien de positie van de aandeelhouder binnen de vennootschap, bepleit ik een duidelijke lijn van de ABRvS op dit punt. Daarbij zou terughoudendheid moeten bestaan met betrekking tot de mogelijkheden tot het kunnen aanspreken van de enig of groot aandeelhouder als (mede) overtreder. Alleen in geval van de aanwezigheid van specifieke omstandigheden, zoals de omstandigheid waaruit blijkt dat er sprake is van specifieke persoonlijke betrokkenheid van de aandeelhouder bij de desbetreffende overtreding of van misbruik van de positie van aandeelhouder, kan een enig of groot aandeelhouder mijns inziens als (mede)overtreder worden beschouwd.

In diverse Europese milieurichtlijnen, zoals de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid, wordt het begrip exploitant (operator) gehanteerd. De exploitant is diegene die een (doorslaggevende) economische zeggenschap heeft over het technisch functioneren van installaties of beroepsactiviteiten (decisive economic power over the technical functioning of such an activity has been delegated). De term doorslaggevende economische zeggenschap sluit niet uit dat daarbij ook aan een enig of meerderheidsaandeelhouder moet worden gedacht. Uit de toekomstige (Europese) jurisprudentie zal moeten blijken wat precies de reikwijdte is van de term economische zeggenschap, en of dit begrip ook de aandeelhouder van de exploitant omvat. Ook hier zou het niet mijn voorkeur hebben om een aandeelhouder gemakkelijk als exploitant aan te duiden, tenzij er bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die het oordeel dat de aandeelhouder tevens is aan te duiden als exploitant (en vervolgens als overtreder) rechtvaardigen.

---

<sup>172</sup> ABRvS 21 februari 2007, zaaknr. 200605807/1.

8.6.3 *CERCLA en operator liability; omstandigheden die een rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een operator in de zin van CERCLA in vergelijking met de situatie in Nederland*

Het zeggenschaps criterium (drijverschap) en het criterium van in zijn macht hebben (overtrederschap) zoals ontwikkeld door de Nederlandse bestuursrechter lijkt op de mogelijke operator liability van een bestuurder en/of aandeelhouder ten aanzien van de facility primair gedreven door de rechtspersoon (dochtervennootschap) onder CERCLA. De Bestfoods-zaak van het US Supreme Court uit 1998 heeft echter de mogelijkheden van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij/aandeelhouder betreffende de activiteiten verricht binnen de facility van haar dochtervennootschap door de federale Amerikaanse overheid beperkt. Het US Supreme Court heeft via de Bestfoods-uitspraak een dogmatisch duidelijke weg ingeslagen, waarbij het ondernemingsrechtelijke beginsel van gescheidenheid tussen verschillende rechtspersonen, ondanks hun (juridische) verwevenheid, voorop wordt gesteld. Vereenzelviging van rechtspersonen (in de Engelstalige terminologie ook genoemd: derivative liability, piercing/lifting the corporate veil) onder CERCLA is alleen mogelijk indien dat óók mogelijk is in het civiele Amerikaanse (statelijk) ondernemingsrecht, aldus het US Supreme Court. Aansprakelijkheid van de moedermaatschappij/aandeelhouder als operator is alleen mogelijk indien er omstandigheden zijn waaruit blijkt dat de moedermaatschappij/aandeelhouder daadwerkelijk controle uitoefende over de milieuvervuilende activiteiten binnen de facility van haar dochtervennootschap (authority of actual control).

In Nederland is de aantoonbaarheid van een ‘economische en bestuurlijke verwevenheid’ of ‘(doorslaggevende economische) zeggenschap’ tussen de moeder- en dochtermaatschappij soms voldoende om aan te nemen dat de moedermaatschappij als aandeelhouder van haar dochtervennootschap drijver van de inrichting, en mede overtreder van de primair door de dochtervennootschap gedreven onderneming/inrichting, is. De bestuursrechter is echter wel terughoudend in dergelijke situaties. Vaak zal de moedermaatschappij niet alleen enig of meerderheidsaandeelhouder, maar ook bestuurder van de dochtervennootschap, zijn. Dan is de situatie duidelijker, en komen de Amerikaanse jurisprudentie met betrekking tot CERCLA en de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot het drijverschap zeer met elkaar overeen.

De juridisch-dogmatische gezien meer zuivere benadering van het US Supreme Court via de Bestfoods-uitspraak beperkt de effectiviteit van CERCLA in die gevallen waarin er alleen sprake is van een aandeelhouderspositie van de moedermaatschappij in haar dochtervennootschap die operator is van een bepaalde facility. Deze benadering leidt immers tot een moeilijkere bewijspositie van het Amerikaanse bevoegd gezag: was de moedermaatschappij zélf actief (dagelijks) betrokken – actual control – bij de milieuvervuilende activiteiten of niet? Een moedermaatschappij heeft meer zekerheid dat de corporate veil (de rechtspersoonrechtelijke scheiding) zal worden gerespecteerd indien er slechts sprake is van een aandeelhouderschap in de dochtervennootschap. Door geen bestuurders-

positie in de dochtervennootschap in te nemen, wordt aansprakelijkheid ontlopen, tenzij dual officers (bestuursleden in dienst van zowel de moedermaatschappij als de dochtervennootschap) of agents (werknemers) van de moeder duidelijk in de (dagelijkse) milieuvervuilende activiteiten in de facility van de dochtervennootschap participeren namens de moedermaatschappij.

Het verdient naar mijn mening overweging om voor deze gevallen – waarin de moedermaatschappij alleen aandeelhouder is van haar dochtervennootschap – ook in Nederland terughoudendheid te betrachten wat betreft het kunnen aanspreken van de aandeelhouder tot naleving van milieu(vergunnings)regels. Indien de dochtervennootschap een zelfstandig bestuur heeft, en de moedermaatschappij als aandeelhouder afstand houdt ten aanzien van het te voeren beleid binnen de inrichting gedreven door haar dochtervennootschap, zou de moedermaatschappij niet enkel vanwege haar aandeelhouderschap als drijver of overtreder moeten kunnen worden aangeduid. Ditzelfde zou in mindere mate moeten gelden voor natuurlijke personen die enig of meerderheidsaandeelhouder zijn. In mindere mate, aangezien in die situaties er immers vaker sprake zal zijn van actieve participatie van de aandeelhouder binnen de onderneming/inrichting primair gedreven door de vennootschap (meestal een BV).

#### *Kredietverschaffers*

In CERCLA is een specifieke bepaling opgenomen waarin wordt bepaald dat een kredietverschaffer niet eenvoudig als operator van de facility gedreven door zijn lener is te beschouwen. In dit hoofdstuk is betoogd dat ook in Nederland een kredietverschaffer niet snel verantwoordelijk zou moeten kunnen worden gehouden voor overtredingen van milieu(vergunnings)voorschriften begaan binnen de inrichting gedreven door zijn lener. Dit zou alleen mogelijk moeten zijn in zeer specifieke situaties, waarin de kredietverschaffer duidelijk zeggenschap heeft over de activiteiten verricht binnen de inrichting primair gedreven door zijn lener. Alleen dan heeft hij zeggenschap en het in zijn macht om de overtreding te beëindigen. In geval van verkoop van zaken, onderdeel uitmakend van de inrichting van de lener, door de kredietverschaffer vanwege uitwinning van het door de kredietverschaffer bedongen zekerheidsrecht, kan er wel sneller sprake zijn van zeggenschap van de kredietverschaffer over de inrichting primair gedreven door zijn lener.

## 9 | Faillissement, milieurecht en de rol van de faillissementscurator; financiële zekerheidstelling

### 9.1 Inleiding; onderwerpen van onderzoek

In dit hoofdstuk wordt op de specifieke situatie van faillissement ingegaan. Het komt met enige regelmaat voor dat een rechtspersoon failliet wordt verklaard en het thema 'milieu' een rol van betekenis speelt ten tijde van de afwikkeling van het faillissement, dan wel bij de doorstart van de onderneming voorheen gedreven door de gefailleerde. In dit hoofdstuk wordt echter niet het milieurecht als uitgangspunt genomen, maar juist het faillissementsrecht. Voor deze opzet is gekozen omdat in een faillissementssituatie de kosten met betrekking tot milieuverontreiniging vaak niet meer volledig kunnen worden verhaald op de faillissementsboedel. Mogelijk andere verantwoordelijk te stellen personen zijn: de veroorzaker van de milieuverontreiniging indien dit een ander is dan de gefailleerde, de koper van de activa/onderneming uit de faillissementsboedel of de (ex-)bestuurders van de gefailleerde vennootschap. Daarnaast is het soms mogelijk de faillissementscurator in persoon verantwoordelijk te houden voor bepaalde milieuovertredingen. De positie van (ex-)bestuurders van rechtspersonen en hun mogelijke verantwoordelijkheid wat betreft de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften komt niet aan bod in dit hoofdstuk, maar is besproken en geanalyseerd in hoofdstuk 8.

De (rechts)positie van de koper van activa (en passiva) uit een faillissementsboedel staat centraal in par. 9.2. Vervolgens wordt ingegaan op de positie van de faillissementscurator (par. 9.3) en de positie van het handhavende en kostenverhaal zoekende bevoegd gezag (par. 9.4). De positie van de faillissementscurator komt ter sprake gezien zijn<sup>1</sup> bijzondere positie ten opzichte van de faillissementsboedel en de rechtsplichten die op de faillissementsboedel rusten. De positie van het bevoegd gezag komt in dit hoofdstuk aan de orde vanwege het mogelijkere wijze niet nakomen van milieurechtelijke verplichtingen door de gefailleerde of de curator, en de vanwege het faillissement verminderde verhaalsmogelijkheden van het handhavende en kostenverhaal zoekende bevoegd gezag.

---

1 Voor het gemak wordt hier verwezen naar de mannelijk vorm.



## 9.2 De koop van activa uit de faillissementsboedel; de doorstart van de onderneming na faillietverklaring; verantwoordelijkheid voor de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften

### 9.2.1 *Koop van activa uit de faillissementsboedel, de doorstart van de onderneming na faillietverklaring*

Verkoop uit de faillissementsboedel vindt vaak plaats door middel van de verkoop van de verschillende in de faillissementsboedel aanwezige activa aan diverse kopers. Er is dan geen sprake van voortzetting van de oude onderneming gedreven door de gefailleerde (rechts)persoon, maar alleen van de aparte verkoop van de in de boedel aanwezige activa. De Faillissementswet (uit 1893, Fw) was oorspronkelijk met name voor dit soort situaties geschreven: vereffening van de faillissementsboedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde, hetgeen neerkomt op de verkoop van de activa aanwezig in de boedel aan geïnteresseerde kopers.<sup>2</sup> In de loop der jaren is de zogenaamde doorstart van de oorspronkelijk door de gefailleerde vennootschap gedreven onderneming gebruikelijker geworden.<sup>3</sup> In sommige gevallen is de opbrengst in geval van verkoop van de (afgeslankte) onderneming, voorheen gedreven door de gefailleerde, hoger dan die van de verkoop van de afzonderlijke activa. Voorts kunnen andere belangen dan die van de schuldeisers van de gefailleerde bij een doorstart van de onderneming zijn gediend, denk bijvoorbeeld aan de belangen van werknemers.

2 Deze algemene strekking blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van de Fw, bijvoorbeeld daar waar de Nederlandse regering in de Memorie van Toelichting stelt: "Rechtens is de curator dus uitsluitend vertegenwoordiger van de schuldeisers, maar juist daardoor ook via deze van den schuldenaar.", G.W. van der Feltz, bewerkt door S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel 1, Haarlem 1896, Serie Onderneming en Recht, deel 2-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 372. Voorts wordt door de Nederlandse regering opgemerkt: "Mogelijk voorkomende moeilijkheden ontgaat men niet door te spreken van een "afzonderlijk" of van een "onpartijdig beheer", omdat, hoe men het bedoelde beheer ook moge kwalificeren, het altijd blijft een beheer, dat ten doel heeft de rechten van de schuldeisers als executanten van het vermogen te handhaven, een beheer ten einde tot executie te geraken, en dit doel is beslissend voor de rechtspositie van schuldeisers en curator." Zie p. 374 van voormeld boek.

3 Zie over dit onderwerp uitgebreid E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998. In de huidige Faillissementswet is een aantal wetsartikelen opgenomen dat een zogenaamde doorstart van de onderneming voorheen gedreven door de gefailleerde vergemakkelijkt. Zie bijvoorbeeld de art. 63a – 63c Fw (afkoelingsperiode) en de art. 173a – 173c Fw (voortzetting van het bedrijf gedreven door de gefailleerde). De Faillissementswet is momenteel overigens onderhevig aan diverse veranderingen. Zij zal niet fundamenteel worden gewijzigd, maar zal wel meer zijn gericht op de mogelijkheden van reorganisatie en doorstart. Zie daarover bijvoorbeeld de brief van de minister van justitie van 3 december 2001, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 24 036, nr. 238 p. 1-2 en p. 6, en het wetsvoorstel 'Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement', 27 244. Een gedeelte van de Faillissementswet is al gewijzigd, zie de Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement' van 24 november 2004, *Stb.* 2004, 615. Overigens blijkt uit een onderzoek uit 2005 dat – volgens de desbetreffende onderzoekers vanwege gewijzigde economische omstandigheden – er de laatste jaren minder vaak een 'doorgestart' plaats vindt in vergelijking met de jaren '90 van de twintigste eeuw. Zie het rapport 'Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding', R. Knegt e.a., Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam, d.d. 8 november 2005, p. 110.

De doorstart of verkoop going concern van de onderneming gedreven door de gefailleerde rechtspersoon kan op verschillende manieren plaatsvinden. Indien de vermogenspositie van de gefailleerde rechtspersoon/vennootschap vergaand is verslechterd, zal een doorstart via een activatransactie het meest voor de hand liggen. Een potentiële koper is dan vaak niet geïnteresseerd in de koop van de aandelen, omdat de vennootschap een té slechte vermogenspositie heeft.<sup>4</sup> Koop van (een gedeelte van) de activa (en mogelijk passiva) ten behoeve van een doorstart van de onderneming, kan dit probleem voor de koper soms ondervangen. Nadat de koop heeft plaatsgevonden zal de gefailleerde vennootschap die de onderneming dreef worden ontbonden.<sup>5</sup>

De mogelijkheid tot juridische (af)splitsing van de gefailleerde vennootschap lijkt niet voor de hand te liggen. De juridische (af)splitsing kan ten eerste alleen plaatsvinden met goedkeuring van de schuldeisers van de gefailleerde.<sup>6</sup> Ten tweede bepaalt de wet (artikel 2:334t BW) dat de verkrijgende rechtspersonen aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon ten tijde van de juridische (af)splitsing. Een juridische (af)splitsing biedt dus geen goede oplossing in faillissementssituaties.

#### 9.2.2 *Specifieke problemen wat betreft de verantwoordelijkheid voor milieuverontreiniging en de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften*

Welke specifieke problemen kunnen ten aanzien van de verantwoordelijkheid voor milieuverontreiniging en de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften een rol van betekenis spelen? Hierbij springt ten eerste de mogelijke verantwoordelijkheid ten aanzien van bodemsanering in het oog. Maar ook verantwoordelijkstelling vanwege (diffuse) oppervlaktewaterverontreiniging veroorzaakt door de onderneming gedreven door de gefailleerde rechtspersoon in het verleden kan een rol van betekenis spelen. Tevens is de naleving ten aanzien van de voor de faillissementsboedel geldende milieu(vergunnings)voorschriften ten tijde van het faillissement een onderwerp van belang.

Belangrijk verschil in geval van faillissementssituaties is dat de koper/rechtsopvolger zich niet meer kan verhalen op de rechtsvoorganger/gefailleerde. Dit knelt te meer indien een bepaalde verantwoordelijkstelling door het bevoegd gezag, bijvoorbeeld met betrekking tot bodemverontreiniging, pas plaatsvindt nádat de transactie is afgerond. Indien de bodemverontreiniging al bekend is ten tijde van het faillissement en de potentiële koper niet de (totale) saneringskosten wil beta-

---

4 Zie hierover uitgebreider H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 39-52.

5 Art. 2:19 lid 1 onder c BW.

6 Zie bijvoorbeeld art. 2:334L BW.

len, zal een potentiële koper het desbetreffende bedrijfsterrein wellicht niet willen kopen. Daarnaast is denkbaar dat de koper voorafgaand aan de koop afspraken met het bevoegd gezag als handhaver van milieu(vergunnings)voorschriften of als schuldeiser – in geval van bodemsanering door het bevoegd gezag of na door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang – wil maken.

Niet alleen de koper van aandelen van een failliete vennootschap moet op zijn hoede zijn. Ook de koper van activa uit de faillissementsboedel, bijvoorbeeld een bedrijfsterrein, kan door het bevoegd gezag verantwoordelijk worden gehouden voor de sanering van de bodem voor niet door hem zelf veroorzaakte bodemverontreiniging.<sup>7</sup> Het uitvoeren van een goed bodemonderzoek is dus eigenlijk onontbeerlijk in dergelijke gevallen. Een faillissementscurator zal potentiële gegadigden meestal de mogelijkheid bieden om een bodemonderzoek te verrichten. De curator zal eventuele persoonlijke verantwoordelijkheid- of aansprakelijkstelling dienaangaande uitsluiten. Desalniettemin zal de curator de hem bekende verontreiniging van het perceel grond aan de koper van dit perceel moeten mededelen op grond van algemeen in ons recht geldende zorgvuldigheidsnormen. De curator zal dus niet altijd zijn persoonlijke verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid kunnen uitsluiten. Zie over deze kwestie par. 9.3.3 en par. 9.3.4 hierna.

Welke mogelijkheden tot verhaal resten de koper/nieuwe eigenaar dan? Naast de vaak hypothetische mogelijkheid van heropening van de vereffening van de failliet verklaarde en daarna ontbonden vennootschap (zie art. 195 Fw jo. art. 2:23c BW), rest de koper/rechtsopvolger nog de mogelijkheid tot verantwoordelijkstelling van de (feitelijke) veroorzakers, of van de (ex-)bestuurders van de gefailleerde vennootschap. Zie ten aanzien van de verantwoordelijk- of aansprakelijkstelling van (ex-)bestuurders van rechtspersonen hoofdstuk 8. De verantwoordelijk- of aansprakelijkstelling van de veroorzakers van verontreiniging, niet zijnde de gefailleerde rechtspersoon, zal vaak niet eenvoudig zijn. Het bewijs dat bijvoorbeeld een werknemer of een derde – bijvoorbeeld via een lekkage uit een vrachtwagen die ooit over het terrein heeft gereden – op onrechtmatige wijze de bodemverontreiniging heeft veroorzaakt zal vaak moeilijk te vinden zijn. Verantwoordelijkstelling van voorgaande veroorzakende eigenaren of erfpachters van het bedrijfsterrein is meestal ook niet meer mogelijk. Vaak zijn die eigenaren en erfpachters als rechtspersoon al ontbonden, of zijn zij niet meer te achterhalen.

---

<sup>7</sup> Via het per 1 januari 2006 ingevoerde art. 55b Wbb bestaat er immers een saneringsplicht voor eigenaren en erfpachters met betrekking tot verontreiniging van bedrijfsterreinen. Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 3.

### 9.3 De faillissementscurator en het milieurecht

In deze paragraaf zal specifiek de rol en positie van de faillissementscurator ten aanzien van de naleving van milieuregels en –voorschriften, en zijn eventuele verantwoordelijkheid voor milieuschade aan bod komen. Centraal staan de volgende situaties:

- (1) De situatie waarin de faillissementscurator zélf gedurende een bepaalde tijdsperiode het bedrijf van de gefailleerde voortzet in het kader van een mogelijke doorstart van de onderneming (par. 9.3.2); en
- (2) De situatie waarin de verkoper activa uit de faillissementsboedel verkoopt waaraan mogelijke milieurechtelijke aansprakelijkheden ‘kleven’ (par. 9.3.3 en par. 9.3.4).

Ook een faillissementscurator kan dus in zijn functie met milieurechtelijke problemen worden geconfronteerd, met name indien het een faillissement van een (industriële) onderneming betreft. In de failliete boedel kan zich actief ‘verontreinigde grond’ bevinden of er kunnen aansprakelijkheden uit voortvloeien ten opzichte van derden, bijvoorbeeld vanwege veroorzaakte oppervlaktewaterverontreiniging. Ook kan de curator worden geconfronteerd met ten opzichte van de faillissementsboedel geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

In par. 9.3.1 worden eerst de plichten en daaruit voortvloeiende mogelijke aansprakelijkheden/verantwoordelijkheden van de curator naar geldend Nederlands recht besproken.<sup>8</sup>

#### 9.3.1 *Maatschappelijke rol en de daaruit voortvloeiende plichten en mogelijke verantwoordelijkheden van de faillissementscurator naar Nederlands recht*

##### *Beheer en vereffening van de faillissementsboedel door de curator*

De primaire taak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel.<sup>9</sup> Hij doet dat ten behoeve van de gezamenlijke – dus niet alleen de individuele – schuldeisers van de gefailleerde.<sup>10</sup> De opbrengst voortvloeiende uit de ver-

<sup>8</sup> Zie daarover onder andere ook: N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 167 e.v., Van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surséance van betaling en schuldsanering*, Monografieën Privaatrecht, Deventer: Kluwer, 2004, zevende druk, B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998 en S.O.H. Bakkerus, ‘De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator’, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees en S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 6, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 173-185. Zie voor een overzicht met betrekking tot de rol van de curator en het milieurecht M.L. Niemöller en C.L. Knijff, Kluwer: *Praktijkboek Curatoren, De curator en het milieu*, B 16 (november 1998).

<sup>9</sup> Art. 68 lid 1 Fw.

<sup>10</sup> Vergelijk HR 16 september 2005, *RvdW* 2005, 101 en HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628.

effening van de faillissementsboedel wordt verdeeld onder de schuldeisers conform de wettelijk geldende regels dienaangaande.<sup>11</sup> De curator moet zich (uiteraard) houden aan de regels en verplichtingen die voor hem uit de (Faillissements) wet voortvloeien.<sup>12</sup> De curator is een voor een bepaalde tijd door de rechtbank benoemde (gerechtelijke) bewindvoerder, die namens de gefailleerde en ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers allerlei rechtshandelingen verricht.<sup>13</sup> Deze rechtshandelingen hebben betrekking op het beheer en de vereffening van de goederen die onder het faillissementsbeslag liggen. De term beheer moet hier overigens ruim worden opgevat. Daaronder wordt ook verstaan het voortzetten van de onderneming. Uit het beheren vloeit een bepaalde gezagsverhouding of zeggenschapsverhouding ten aanzien van de faillissementsboedel voort. En die verhouding speelt weer een belangrijke rol in verband met de vraag welke milieurechtelijke verplichtingen ten tijde van het faillissement op de curator kunnen komen te rusten.

#### *Positie gefailleerde*

De gefailleerde blijft zelf eigenaar van het vermogen (activa en passiva) dat in de faillissementsboedel valt.<sup>14</sup> Wel verliest hij vanwege de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen.<sup>15</sup> Dit geldt zowel voor een natuurlijke persoon als voor een rechtspersoon. Het faillissement betreft alleen het vermogen van de gefailleerde. Dit heeft als consequentie dat organen van een rechtspersoon in beginsel ná de faillietverklaring hun rechtspersoonrechtelijke bevoegdheden behouden. De (rechts)persoon en de organen van de rechtspersoon kunnen ná de faillietverklaring echter geen handelingen meer verrichten die de failliete boedel binden.<sup>16</sup>

#### *Maatschappelijke taak van de curator*

Alhoewel de curator met name optreedt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde, wordt hem tegenwoordig een bredere, maatschappelijke, taak toegedicht. Hij dient niet alleen rekening te houden met de belangen van de bij het faillissement van de schuldenaar betrokken schuldeisers, maar ook met andere belangen van maatschappelijke aard. Bijvoorbeeld de werkgelegenheid, de

11 Zie over de taak van de curator ook uitgebreid B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 47-55.

12 N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 168.

13 In Nederland is het vaste praktijk dat (meestal) een advocaat tot curator wordt benoemd. Soms wordt daarnaast wel eens een andere specialist als tweede of derde curator benoemd. Zie daarover B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 53.

14 N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 167.

15 Art. 23 Fw.

16 HR 19 mei 1999, NJ 1999, 670 en HR 19 mei 1999, NJ 1999, 671, m.nt. Ma, r.o. 3 en B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 126-127.

continuïteit van de onderneming<sup>17</sup> en het algemene milieubelang dat is gediend met de correcte naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften.<sup>18</sup> Uiteraard komt de curator daarbij een bepaalde beleidsvrijheid toe, die per geval kan verschillen. In het algemeen kan worden gesteld dat de curator bij zijn belangenafweging de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet mag schaden.<sup>19</sup>

De curator verricht ten tijde van zijn curatorschap (rechts)handelingen met betrekking tot de vermogensbestanddelen van de gefailleerde die in de faillissementsboedel vallen. Hij moet daarbij, zeker in geval van een omvangrijk faillissement, allerlei verschillende beslissingen nemen en belangenafwegingen maken. Het zal geen verbazing wekken dat daarbij ook wel eens iets fout kan gaan, waarna benadeelden bijvoorbeeld schadevergoeding kunnen proberen te vorderen. Hier komen we bij de vraag wanneer er sprake is of kan zijn van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid van de curator vanwege onrechtmatig handelen.<sup>20</sup> Heel belangrijk hierbij is de omstandigheid dat de curator qualitate qua (q.q.) – dus vanuit zijn positie als curator – handelt. Daardoor zijn er twee mogelijke verantwoordelijkheid- of aansprakelijkstellingen ten aanzien van de curator denkbaar:

- (1) primair de verantwoordelijkheid- of aansprakelijkstelling van de curator qualitate qua, dus in zijn hoedanigheid van curator; en
- (2) in uitzonderingsgevallen de verantwoordelijkheid- of aansprakelijkstelling van de curator pro se (in persoon, persoonlijk).

#### *De aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid van de curator q.q.*

Als gerechtelijke bewindvoerder verricht de curator allerlei (rechts)handelingen ten aanzien van de goederen die in de boedel vallen. Hij verkoopt zaken, procedeert,<sup>21</sup> neemt besluiten ten aanzien van de bedrijfsvoering indien deze ná de faillietverklaring wordt voortgezet, et cetera. Daarnaast rusten op hem bepaalde ver-

17 N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 169 en HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Gerritse q.q./Onvanger; Sigmacon II), m.nt. WMK, r.o. 3.5: "(...) Met de 'andere belangen' waarmee de curator hier ook rekening heeft te houden, heeft het Hof kennelijk het oog op belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren (...). Het oordeel dat de curator ook dit belang in zijn beleidsafweging heeft te betrekken, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. (...)." Vergelijk ook HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Maclou/Prouvost), m.nt. WMK, r.o. 3.6, en Hof Arnhem 26 november 2002, *NJ* 2003, 513, r.o. 3.12.

18 ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998, 268 (Alvat-uitspraak), m.nt. GJ en ABRvS 6 juli 2005, zaaknr. 200406882/1.

19 Vergelijk B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 96 en 133. Het betreft hier dus een taakgebonden vrijheid: tijdens zijn handelen moet de curator het belang van de gemeenschappelijke schuldeisers als leidraad nemen.

20 En geen persoonlijke wanprestatie door de curator. Hij is immers geen contractspartij bij een overeenkomst (bijvoorbeeld verkoop).

21 Denkbaar – maar naar ik aanneem wel uitzonderlijk – is de situatie waarin een curator q.q. een procedure start tegen de veroorzaker (niet de gefailleerde) van bepaalde milieuschade die de waarde van de faillissementsboedel drukt, bijvoorbeeld bodemverontreiniging waardoor een bedrijfsterrein een geringe waarde heeft of zelfs onverkoopbaar blijkt te zijn. Belangrijk vereiste zal dan wel zijn dat de bewijslast voor de curator niet te zwaar is, met andere woorden, dat de veroorzaker gemakkelijk kan worden aangesproken op zijn onrechtmatige gedrag en de baten in de faillissementsboedel toereikend zijn om de kosten verbonden aan een dergelijke gerechtelijke procedure te dragen.

plichtingen. Denk bijvoorbeeld aan de naleving van de zich voorheen tot de gefailleerde en thans tot de faillissementsboedel richtende milieu(vergunnings)voorschriften. De curator handelt daarbij in zijn hoedanigheid van curator, en niet ten behoeve van zichzelf. Dat betekent dat hij bijvoorbeeld bij het aangaan van een overeenkomst, bijvoorbeeld een koopovereenkomst, alleen de faillissementsboedel bindt en niet zichzelf. Ook ten aanzien van aansprakelijkstelling voor onrechtmatige daden verricht door de curator in zijn hoedanigheid, is de faillissementsboedel aansprakelijk. Er is dan sprake van een boedelschuld.<sup>22</sup>

### *De aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid van de curator pro se*

Daarnaast kan persoonlijk onzorgvuldig handelen door de curator persoonlijke aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid voor hem met zich meebrengen.<sup>23</sup> Deze zorgvuldigheidsnorm voor de curator pro se wijkt wel af van de zorgvuldigheidsnorm van de curator q.q., in die zin dat de zorgvuldigheidsnorm van de curator pro se (1) is toegesneden op de specifieke rol die de curator in onze maatschappij uitoefent en, (2) de curator primair in zijn hoedanigheid van curator (q.q.) optreedt. De Hoge raad heeft deze persoonlijke zorgvuldigheidsnorm van de curator in een arrest uit 1996 als volgt verwoord:

“Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”<sup>24</sup>

Van persoonlijke aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid van de curator zal derhalve niet snel sprake zijn. Zolang de curator rechtshandelingen verricht die normaal zijn in geval van een afhandeling van een faillissement, zal er geen sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid van de curator. Er zal dus sprake moeten zijn van een persoonlijke onrechtmatige daad van de cura-

- 
- 22 Vergelijk bijvoorbeeld N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 168, B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 146-147, S.O.H. Bakkerus, ‘De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator’, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees en S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 6, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 173-177. De Memorie van Toelichting bij de Faillissementswet stelt dat een boedelschuld is: “Boedelschulden zijn die schulden, welke eene onmiddellijke aanspraak op den boedel geven, welke, als komende ten laste van den curator in zijne qualiteit, door deze onmiddellijk uit den boedel moeten worden voldaan, zonder dat daarvoor verificatie noodig is”, zie G.W. van der Feltz, bewerkt door S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Deel 1, Serie Onderneming en Recht deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 384.
- 23 Zie over de persoonlijke aansprakelijkstelling van de curator uitgebreid F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 209-361. Zie ook B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 146-162.
- 24 HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Maclou/Prouvost), m.nt. *WMK*, r.o. 3.6. Zie ook het Hof te Arnhem 26 november 2002, *NJ* 2003, 513, r.o. 3.12.

tor, die dermate ernstig is dat deze niet alleen ten laste van de faillissementsboedel behoort te komen, maar ook ten laste van de curator persoonlijk.<sup>25</sup> Duidelijke gevallen waarin sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zijn bijvoorbeeld zelfverrijking of verduistering van gelden uit de faillissementsboedel door de curator.<sup>26</sup> Dat er ook omstandigheden denkbaar zijn waarin het minder duidelijk is of een curator persoonlijk aansprakelijk/verantwoordelijk kan worden gehouden, zal hierna nog blijken. Ik doel dan op de situatie waarin een curator een perceel verontreinigd perceel grond verkoopt en de aanwezigheid van deze verontreiniging niet meedeelt aan de koper, terwijl hij wel op de hoogte was van de desbetreffende bodemverontreiniging. Zie daarover par. 9.3.3.

### 9.3.2 *De faillissementscurator als drijver van de inrichting en als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften*

De curator kan in zijn functie van beheerder van de faillissementsboedel worden geconfronteerd met overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften en milieuverontreiniging veroorzaakt in het verleden. Ook kan hij, indien daartoe is besloten,<sup>27</sup> het bedrijf van de gefailleerde voortzetten, waarbij hij rekening moet houden met de geldende wettelijke regels en vergunningsvoorschriften. In par. 2.2.4 is al kort ingegaan op de rol van de curator als drijver van de inrichting ten tijde van het faillissement. Ingevolge de jurisprudentie van de ABRvS is de curator q.q. – ongeacht of hij de onderneming/inrichting van de gefailleerde voortzet – aan te merken als drijver van de inrichting in de zin van art. 8.20 Wm vanwege zijn bij-

25 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Middelburg 31 juli 2002, *NJ* 2003, 13, r.o. 4.2: “(...) In het onderhavige geval is van belang of het voor gedaagde [de curator, RM] voorzienbaar was dat voornoemde schade zou ontstaan en zo ja, of hij zich tot het uiterste heeft ingespannen zulks te voorkomen. Voorts is van belang of met zijn handelen andere belangen, zoals die van de overige schuldeisers, gediend waren. De rechtbank acht het evenals eiseres niet relevant dat door eiseres geen zekerheden waren gesteld om de kosten van een eventuele ontruiming te dekken, nu er in verband met het faillissement en de reeds bestaande huurvordering geen mogelijkheid voor haar zou zijn om dat bedrag beschikbaar te krijgen voor de ontruiming. Gelet op de stellingen van partijen en hetgeen in de diverse door hen overgelegde stukken staat vermeld, staat vast dat de inventaris van CTS, afgezien van het kantoormeubilair, moeilijk verkoopbaar was vanwege de aard van de bedrijfsactiviteiten van CTS (het vervaardigen van milieuvriendelijke schoonmaakmiddelen op biologische basis) en dat er sprake was van chemisch afval. (...) Door dit aanbod te aanvaarden had gedaagde direct kunnen meewerken aan een beëindiging van de huurovereenkomst gepaard gaande met een direct weer ter vrije beschikking stellen van de bedrijfsruimte aan eiseres. Desondanks heeft gedaagde ervoor gekozen de inventaris gedurende in elk geval een groot aantal maanden in de bedrijfsruimte te laten staan waardoor een boedelschuld ontstond c.q. opliep uit hoofde van verschuldigde huurpenningen dan wel vanwege de schade die daardoor voor eiseres kon ontstaan vanwege het feit dat hij de bedrijfsruimte niet kon verhuren. Voorzienbaar was dat deze boedelschuld niet uit de boedel zou kunnen worden betaald. Door hiervoor te kiezen terwijl er bovendien geen uitzicht was op een hogere opbrengst die ten goede zou kunnen komen aan de overige crediteuren (namelijk maximaal f 11 000), hetgeen wordt bevestigd door het feit dat de uiteindelijke opbrengst van de verkoop van de inventaris per saldo maar ruim f 6000 bedroeg, heeft gedaagde niet gehandeld zoals van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator verlangd mocht worden en is hij voor de schade die daarvan het gevolg is persoonlijk aansprakelijk te achten.”

26 Een voorbeeld van verduistering van gelden door de curator is te vinden in HR 17 april 1959, *NJ* 1961, 573. In die uitspraak werd overigens bepaald dat belanghebbenden de rechter-commissaris niet op grond van art. 1401 BW (equivalent thans art. 6:162 BW) konden aanspreken vanwege het niet goed toezicht houden op de curator (art. 64 Fw).

27 Zie de art. 173a – 173c Fw.



zondere gezagsverhouding tot de inrichting. De curator zal dan de voor de desbetreffende inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften moeten naleven. Hij kan daarbij in het kader van de handhaving door het bevoegd gezag ook worden aangesproken als overtreders van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften, en tegen hem kan via de mogelijkheden voortvloeiende uit het bestuursrecht – het opleggen van een last onder dwangsom en kostenverhaal ná door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang – worden opgetreden.<sup>28</sup>

De naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften is uiteraard een verplichting van de curator in zijn hoedanigheid (q.q.). Hij zal niet gemakkelijk persoonlijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden wat betreft overtreding van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften, tenzij er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat de curator persoonlijk als overtreders verantwoordelijk kan worden gehouden voor het niet naleven van geldende milieu(vergunnings)voorschriften, indien aantoonbaar is dat hij opdracht heeft gegeven tot het illegaal storten van afval. Een dergelijke handeling staat misschien wel in verband met de uitoefening van zijn functie als curator q.q. (i.c. het voortzetten van het bedrijf/de inrichting van de gefailleerde), maar is afwijkend van hetgeen van een redelijk handelend curator mag worden verwacht. Een redelijk handelend persoon/curator behoort immers te weten dat het verboden is om illegaal – milieuvervuilend – afval te storten.<sup>29</sup> Zijn maatschappelijke taak en het vertrouwen dat in de curator wordt gesteld, brengt met zich mee dat hij niet opzettelijk en illegaal milieuverontreiniging mag veroorzaken. Dat de gezamenlijke schuldeisers waarschijnlijk niet worden benadeeld dan wel misschien financieel zelfs worden bevoordeeld door dergelijk handelen van de curator, doet daar niet aan af.

Ik zal hier kort weergeven waarom het naar mijn mening redelijk is de curator q.q. als drijver van de inrichting te beschouwen, ook indien hij besluit de onderneming/inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde niet voort te zetten.<sup>30</sup>

28 ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998, 268 (Alvat-uitspraak), m.nt. GJ, ABRvS 6 juli 2005, zaaknr. 200406882/1 en ABRvS 9 mei 2007, zaaknr. 200604496/1, waarover R. Mellenbergh, 'ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)', *TvI* 2007, 34, p. 175-178.

29 Een enigszins vergelijkbare situatie geeft *Verstijlen*, indien hij zegt: "Naar mate de belangen die in het geding zijn van groter gewicht zijn, rust (ook) op de curator persoonlijk een zwaardere zorgplicht. Ook van de curator persoonlijk kan worden verwacht dat hij zich bekommert om de veiligheid van de werknemers, die bij een voortzetting gedurende het faillissement aan zijn leiding zijn toevertrouwd." F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 358.

30 Op de consequenties en wenselijkheid van de uitkomsten van de Alvat-uitspraak is door mij ook ingegaan in een artikel gepubliceerd in het *Nederlands Juristenblad*, getiteld 'De curator en de naleving van de milieuvergunning', *NJB* 2005/15, p. 184-189. Zie ook de reactie op dit artikel van A.A.J. Smelt, 'Handhaving en verhaal in faillissement', *NJB* 2005/32, p. 1699-1700 en mijn naschrift in *NJB* 2005/32, p. 1700, 'Naschrift naar aanleiding van de reactie van A.A.J. Smelt'. De Alvat-uitspraak heeft veel reacties uitgelokt. Zie onder andere K. Langelaar, 'De curator en het milieu', *NJB* 1999/3, p. 122-127, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, 'Bestuursrechtelijke handhaving ingeval van faillissement', *NJB* 1999/17, p. 775-776, F.M.J. Verstijlen, 'Curator moet zich aan de wet houden', *NJB* 1999/17, p. 776-778, K. Langelaar, 'Naschrift', *NJB* 1999/17, p. 778-779, P.C. Cup, *M&R* 1997/12, nr. 130, G.T.J.M. Jurgens, noot onder ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998, 268 en S.C.J.J. Kortmann, noot onder ABRvS 11 juli 1997, *JOR* 1997, 105.

Aangezien de curator q.q. na de faillietverklaring de aangewezen en enige persoon is die de onderneming/inrichting voort zet (drijft), en de Wm met name is gericht op een praktische uitvoering van die wet en de feitelijke naleving van milieu(vergunnings)voorschriften,<sup>31</sup> is het logisch de curator q.q. als de persoon aan te duiden die de milieu(vergunnings)voorschriften dient na te leven. Hij is tevens als overtreder aan te merken die het in zijn macht heeft om aan de overtreding een eind te maken. Ook indien hij besluit de onderneming/inrichting van de gefailleerde niet voort te zetten, is hij de enige (naast het bevoegd gezag) die het in zijn macht heeft de milieu(vergunnings)voorschriften geldende ten opzichte van de faillissementsboedel na te leven. Daarnaast kan worden gewezen op de conclusie die *Smelt* in zijn dissertatie trekt. Hij concludeert dat de naleving van een objectieve rechtsplicht, in dit geval voortvloeiende uit milieu(vergunnings)voorschriften, die vóór het moment van faillietverklaring op de gefailleerde rustte, ná het moment van faillietverklaring op de faillissementsboedel rust en dus de curator q.q. daarvoor verantwoordelijk is.<sup>32</sup>

De curator q.q. moet er daarom als drijver van de inrichting op toe zien dat de ten aanzien van de faillissementsboedel geldende milieu(vergunnings)voorschriften worden nageleefd. Het maatschappelijke belang bij de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften is dermate groot en vaak ook urgent van aard, dat van de curator q.q. kan worden verlangd dat hij de milieuregels geldende ten aanzien van de faillissementsboedel naleeft. Gevolg daarvan is dat hij in geval van overtreding door het bevoegd gezag verantwoordelijk kan worden gehouden voor de naleving van de voor de faillissementsboedel geldende milieu(vergunnings)regels, aangezien hij het als curator q.q. in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen.

Overigens zal de curator ook zijn aan te duiden als een exploitant in de zin van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid.<sup>33</sup> De curator kan immers worden aangeduid als een “particuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beroepsactiviteit verricht of regelt (...)” Zie ook art. 17.6 lid 1 Wm waarin dit onderdeel van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid als volgt is geïmplementeerd: “degene die de activiteit verricht: de natuurlijke persoon of de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon die de activiteit verricht of heeft verricht, of aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van de activiteit is overgedragen (...)” Dat de curator de activiteit maar tijdelijk verricht, staat niet aan zijn kwalificatie als degene die de activiteit verricht of als exploitant niet in de weg.

31 Denk bijvoorbeeld aan het ruim geformuleerde begrip inrichting in de Wm en aan het drijverschap over de inrichting (art. 8.20 Wm).

32 A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 137, komt tot de conclusie: “De vraag is dan ook niet of de curator belast is met de behartiging van het milieubelang, maar of de curator gezien zijn positie in het faillissement van de vergunninghouder, verplicht is tot naleving van de vergunningsvoorschriften. Deze vraag moet in bevestigende zin worden beantwoord. De curator is immers verantwoordelijk voor de naleving van de tot de boedel behorende objectieve rechtsplichten. Het gegeven dat de naleving van de vergunningsvoorschriften niet in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, brengt hierin geen enkele verandering.”

33 Richtlijn 2004/35/EG van 21 april 2004, *Pb*, L 143/56.

Ingevolge een uitspraak van de ABRvS van 9 mei 2007 kan aan een curator q.q. ook een last worden opgelegd tot het uitvoeren van een nader bodemonderzoek.<sup>34</sup> De curator q.q. is derhalve niet alleen verantwoordelijk voor de verplichtingen die op hem rusten op grond van het drijverschap over de inrichting, maar voor alle uit de milieuwetgeving (hiervoor door mij steeds weergegeven als ‘milieu(vergunnings)voorschriften’) voortvloeiende verplichtingen van de gefailleerde. De ABRvS oordeelde als volgt:

“2.1.3. Onbetwist is dat voordat ADF B.V. failliet is verklaard op het perceel waar ADF B.V. haar bedrijfsactiviteiten heeft uitgeoefend, de bodem is verontreinigd ten gevolge van een lozing in de bodem met een blauwe vloeistof. Nu appellant de betrokkenheid van ADF B.V. niet heeft betreden, was er voor verweerder voldoende grond om ervan uit te gaan, dat de verontreiniging kan worden toegeschreven aan de bedrijfsactiviteiten van ADF B.V. Wat betreft het betoog van appellant dat hij de inrichting van ADF B.V. niet drijft of heeft gedreven, overweegt de Afdeling dat dit geen rol speelt bij de overtredingen van de aan de orde zijnde wettelijke bepalingen. Appellant is in zijn hoedanigheid van curator vanaf het moment van de faillietverklaring verantwoordelijk voor de uit de milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen van ADF B.V.”

De plicht van de curator q.q. tot het uitvoeren van een nader bodemonderzoek, door het bevoegd gezag aan de curator q.q. opgelegd via een besluit met daarin opgenomen een last onder dwangsom, was in casu gebaseerd op overtreding van art. 1.1a Wm, art. 13 Wbb en art. 25, eerste lid van het Lozingenbesluit bodembescherming. Vooropgesteld, een plicht tot het uitvoeren van een bodemonderzoek en zelfs van het uitvoeren van een bodemsanering kan voortvloeien uit de voor de inrichting geldende milieuvergunningvoorschriften. Dan is de curator q.q. als drijver van de inrichting verantwoordelijk voor het uitvoeren van de milieurechtelijke verplichting, mits uiteraard de faillissementsboedel toereikend is om de kosten dienaangaande te betalen. De plicht tot het uitvoeren van een bodemsanering op grond van art. 13 Wbb of art. 1.1a Wm vloeit in beginsel echter niet voort uit het drijverschap over de inrichting, maar uit de hoedanigheid van veroorzaker van de bodemverontreiniging. Deze – in de woorden van *Smelt*<sup>35</sup> – (objectieve) rechtsplicht rustende op de veroorzakende gefailleerde richt zich na de faillietverklaring niet meer tot de gefailleerde maar tot de faillissementsboedel. De curator q.q. heeft het dan als beheerder van de faillissementsboedel in zijn macht heeft om aan de overtreding een eind te maken. Dit in zijn macht hebben om aan een overtreding een eind te maken moet overigens tevens feitelijk en juridisch uitvoerbaar zijn, zie daarover par. 8.2.1.<sup>36</sup> Alleen dan kan er een last onder dwangsom worden opgelegd.

<sup>34</sup> R. Mellenbergh, ‘ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)’, *TvI* 2007, 34, p. 175.

<sup>35</sup> A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 137.

<sup>36</sup> Voor een uitgebreide beschouwing van deze uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak verwijs ik naar mijn noot bij deze uitspraak, gepubliceerd in het *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2007/5, p. 175-178. Zie ten aanzien van dit onderwerp ook de dissertatie van A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het* →

*Tussenconclusies*

Het is thans nog onduidelijk of, en zo ja in hoeverre, de toekomstige wijzigingen van de Fw<sup>37</sup> verandering zullen brengen in de positie van de curator q.q. als drijver van de inrichting in de zin van de Wm. Het ziet er niet naar uit dat de toekomstige wijzigingen van de Fw hierin verandering brengt. Wel komt het naar mijn mening de duidelijkheid ten goede om in de Fw of in de Wm een artikel op te nemen waarin deze rechtsplicht van de curator q.q. duidelijk wordt vastgelegd. Eigenlijk is er ook geen andere oplossing denkbaar voor dit probleem. De curator q.q. is immers de enige persoon die de faillissementsboedel beheert en heeft het dus als enige in zijn macht om eventuele overtredingen van milieu(vergunnings)voorschriften te beëindigen. De objectieve rechtsplichten rustende op de faillissementsboedel moeten worden nagekomen door de curator q.q.; dat neemt niet weg dat de gefailleerde soms nog wel is betrokken bij de bedrijfsvoering binnen de inrichting. De gefailleerde kan echter geen (rechts)handelingen meer verrichten die de faillissementsboedel binden.

De enig andere denkbare oplossing is dat het bevoegd gezag altijd de zorg voor de naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften, en de bijbehorende kosten, voor zijn rekening neemt in het geval van een faillissement. Het lijkt mij echter niet wenselijk de kosten op deze manier standaard op het bevoegd gezag af te wentelen. Het bevoegd gezag is slechts rechtshandhaver, en de relatie van het bevoegd gezag met de gefailleerde is ontstaan omdat de gefailleerde bepaalde activiteiten verrichtte.<sup>38</sup>

Wat betreft het zijn van drijver van de inrichting indien de curator q.q. de onderneming/inrichting van de gefailleerde niet voortzet na de faillietverklaring: het zou uiteraard kunnen dat in de Fw of in de Wm in de toekomst uitdrukkelijk wordt bepaald dat de curator q.q. dan niet is te beschouwen als drijver van de inrichting. Het scheppen van duidelijkheid op dit vlak is mede van belang met betrekking tot de verhaalsrang van eventuele bestuursdwangkosten gemaakt door het handhavende bevoegd gezag, en de mogelijke afdwingbaarheid van de naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften. Zie daarover uitgebreider par. 9.4.5.

---

*Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Universiteit Groningen, 2005, p. 145: "De uit het milieurecht voortvloeiende objectieve rechtsplichten dienen gedurende het faillissement van de verplichte persoon onverkort te worden nagekomen. Voorzover deze rechtsplichten tot de failliete boedel behoren, berust de verantwoordelijkheid voor de nakoming van deze rechtsplichten bij de curator."

<sup>37</sup> Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 24 036, nr. 238.

<sup>38</sup> Vergelijk A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 137: "Wanneer de overheid de curator aanspreekt tot verwijdering van de afvalstoffen, handelt zij dus niet als schuldeiser, maar als handhaver van het objectieve recht. Van een aantasting van de paritas creditorum of van ongerechtvaardigde voorrang kan dan ook geen sprake zijn."

De Afdeling Bestuursrechtspraak heeft daarnaast bepaald dat de curator q.q. verantwoordelijk is voor alle verplichtingen voortvloeiende uit ‘de milieuwetgeving’, zoals het uitvoeren van een bodemonderzoek (art. 13 Wbb, art. 1.1a Wm).<sup>39</sup> De objectieve rechtsplichten voortvloeiende uit de milieuwetgeving – waaronder naar aangenomen moet worden ook Europese regelgeving geldende ten aanzien van de inrichting/faillissementsboedel valt – richten zich ná de faillietverklaring tot de faillissementsboedel, en de curator q.q. is de aangewezen persoon om deze rechtsplichten na te leven. Aan hem kan ook een last onder dwangsom worden opgelegd, aangezien hij het in zijn macht heeft om aan de desbetreffende overtreding een eind te maken. Vaak zal het feitelijk niet mogelijk zijn om kostbare verplichtingen voortvloeiende uit de milieuwetgeving, zoals een bodemsaneringsplicht rustende op de faillissementsboedel voortvloeiende uit art. 55b Wbb, door de curator q.q. te laten uitvoeren. De omvang van de faillissementsboedel is meestal immers niet toereikend om de kosten verbonden aan een bodemsanering te voldoen.

Maar het drijverschap over de inrichting en het overtrederschap van de curator q.q. zijn niet het enige interessante punten wat betreft eventuele verantwoordelijkheid van de curator q.q. met betrekking tot milieuschade. Hierna worden nog een aantal andere aspecten van het curatorschap in verband met zijn mogelijke (persoonlijke) verantwoordelijkheid voor milieuschade besproken.

### 9.3.3 *De faillissementscurator en zijn rol als verkoper van een perceel grond uit de faillissementsboedel*

In deze paragraaf wordt ingegaan op de rol van de curator in geval van de verkoop van een verontreinigd perceel grond (een ‘actief’) uit de faillissementsboedel. De curator verkoopt het perceel grond in zijn hoedanigheid van curator. Hij verbindt met de verkoop de faillissementsboedel, en niet zichzelf in zijn vermogen. *Verstijlen* wijst er terecht op dat bij het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid van de curator in zijn verhouding tot derden, zoals een koper van een perceel grond, terughoudendheid past.<sup>40</sup> In de eerste plaats is de curator in zijn hoedanigheid van curator niet aangesteld om te waken voor de belangen van kopers van activa uit de faillissementsboedel. Uit de aard van zijn functie vloeit dus geen verplichting voort de belangen van derden te behartigen. Hij behartigt de belangen van direct bij het faillissement betrokkenen, met name die van de schuldeisers, maar bijvoorbeeld ook de belangen van werknemers in dienst bij de gefailleerde rechtspersoon. In de tweede plaats handelt de curator zoals gezegd in zijn hoedanigheid van curator, en verbindt hij met zijn handelingen primair de faillissementsboedel, en dus het vermogen van de gefailleerde, ten

39 R. Mellenbergh, ‘ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1, r.o. 2.1.3 (Thielen/Gemeente Maasdriel)’, *Tvl* 2007, 34, p. 175.

40 Vergelijk F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 237.

behoefte van de uitwinning van het boedelvermogen. Hij gaat, door het sluiten van een koopovereenkomst, niet persoonlijk een contractuele relatie aan met een koper van een boedelactief. Een koper wordt primair gebonden aan de faillissementsboedel, en zal in eerste instantie dan ook verhaal moeten zoeken op de faillissementsboedel. Duidelijk zal zijn dat de koper dan soms met lege handen staat. De faillissementsboedel zal immers vaak niet toereikend zijn om de vordering van de koper uit bijvoorbeeld wanprestatie te voldoen.

Maar dit is niet het hele verhaal. Weliswaar behartigt de curator q.q. niet de belangen van derden/kopers van activa, en bindt hij door middel van het sluiten van de koopovereenkomst niet zichzelf maar alleen de faillissementsboedel. Dat betekent niet dat hij nooit persoonlijk door de koper van het boedelactief kan worden aangesproken op grond van een onrechtmatige daad. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de curator opzettelijk de hem bekende feiten ten aanzien van de bodemgesteldheid achterhoudt, of indien hij de koper opzettelijk misleidt met betrekking tot bepaalde feiten en omstandigheden. In dat soort gevallen is de curator primair in zijn hoedanigheid van curator (q.q.) aansprakelijk, waarbij deze aansprakelijkstelling leidt tot een boedelschuld. Daarnaast sluit aansprakelijkstelling of verantwoordelijkstelling in hoedanigheid niet uit dat de curator persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld. Hij heeft zich namelijk als curator te houden aan de normale in het handelsverkeer gebruikelijke zorgvuldigheidsnormen.<sup>41</sup> Dat bij deze mogelijkheid tot persoonlijke aansprakelijkstelling terughoudendheid past, is niet verassend te noemen en hiervoor al besproken.<sup>42</sup> Maar in dit voorbeeld is het denkbaar dat de curator persoonlijk een onrechtmatige daad jegens de koper pleegt doordat hij bepaalde omstandigheden niet aan de koper mededeelt, waar hij dat wel had moeten doen.<sup>43</sup>

Benadrukt moet worden dat de curator in het algemeen geen belang heeft om een koper onjuist in te lichten. De hiervoor beschreven situatie zal zich dan ook niet snel voordoen. Mocht er sprake zijn van een tekortschieten van de mededelingsplicht door de curator dan zal dat meestal niet opzettelijk gebeuren, maar juist omdat de curator zelf ook geen goed inzicht heeft. Als er in dat geval sprake is van wanprestatie (art. 6:74 BW), dan zal de vordering die daaruit voortvloeit alleen

41 Vergelijk ook HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 272 (Hack/Jansen), waarin de Hoge Raad in r.o. 3.2 opmerkte: "Het oordeel van het Hof moet kennelijk aldus worden begrepen dat onware uitlatingen van Jansen, gedaan in zijn hoedanigheid van curator, geen onrechtmatig handelen kunnen opleveren waarvoor hij in persoon aansprakelijk is. Dit oordeel berust op een onjuiste rechtsopvatting; ook bij de uitoefening van zijn taak als curator dient Jansen de hem persoonlijk jegens Hack in het maatschappelijke verkeer betamende zorgvuldigheid in acht te nemen."

42 Vergelijk F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 237.

43 Er kan in dit soort gevallen ook worden gedacht aan een situatie waarin sprake is van bedrog (art. 3:44 BW). De desbetreffende koopovereenkomst kan dan door de koper worden vernietigd, zodat de koper een vordering krijgt op de faillissementsboedel wat betreft terugbetaling van de koopprijs, mogelijk aangevuld met schadevergoeding. Waarschijnlijk biedt de vernietiging van de koopovereenkomst de koper niet altijd soelaas, aangezien de boedel niet toereikend is om de koopsom terug te betalen omdat deze al is aangewend om andere boedelschuldeisers te voldoen. Deze gelden zouden dan weer teruggevorderd moeten worden van de andere al uitbetaalde schuldeisers, met alle problemen van dien.

een boedelschuld opleveren en geen onrechtmatige daad van de curator persoonlijk. Geheel ondenkbaar is bovenbeschreven situatie, waarin de curator persoonlijk onrechtmatig jegens een koper handelt vanwege schending van een op hem rustende persoonlijke zorgvuldigheidsnorm, echter niet.

De curator zal altijd zijn mogelijk persoonlijke aansprakelijkheid ten opzichte van anderen, zoals boedelkoper(s), bij voorbaat willen uitsluiten. Dit is ook logisch. De curator wordt immers met een situatie geconfronteerd die niet door hem is veroorzaakt, en hij is door de rechtbank benoemd om een maatschappelijk gezien ordentelijke afwikkeling van het faillissement te bewerkstelligen, waarbij recht wordt gedaan aan de belangen van de gemeenschappelijk schuldeisers van de gefailleerde. Indien een curator een koopovereenkomst sluit, doet hij dat in zijn hoedanigheid van curator en kan hij niet op grond van wanprestatie worden aangesproken. Indien hij in de koopovereenkomst duidelijk vast legt dat hij zelf niet op de hoogte is van mogelijke bodemverontreiniging en dat de koper de gelegenheid wordt, of is, geboden om voor de koop of levering een bodemonderzoek uit te voeren, lijkt het niet mogelijk de curator persoonlijk op grond van onrechtmatige daad aan te spreken. Hierbij past echter wel de nuancering dat een curator zich niet altijd op een dergelijke contractuele uitsluitings- of exoneratieclausule kan beroepen. Dit is bijvoorbeeld niet mogelijk indien er sprake is van een persoonlijke en opzettelijke misleiding van de koper door de curator.

Een andere situatie waarbij ik hier kort wil stilstaan, is die waarin mogelijk sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers<sup>44</sup> vanwege zijn onzorgvuldig handelen.<sup>45</sup> Met betrekking tot de situatie waarover het hier gaat – de curator als verkoper van een perceel grond waarbij de grond mogelijk is verontreinigd – is het niet mogelijk dat een curator onrechtmatig zou handelen jegens de (gezamenlijke) schuldeisers. Wél moet de curator streven naar een zo hoog mogelijk opbrengst van de te vereffenen faillissementsboedel. Met andere woorden, hij moet kiezen voor die wijze van vereffening waarbij de opbrengst het hoogst is. Voert hij deze aan hem opgedragen taak niet goed uit, dan zou hij daarvoor persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden door de gezamenlijke schuldeisers.<sup>46</sup> Een denkbare situatie is dat de curator – doordat hij heeft nagelaten een deugdelijk bodemonderzoek te (laten) verrichten naar de gesteldheid van de bodem – vanwege de stigmatiserende werking van mogelijk aanwezige bodemverontreiniging van het desbetreffende

44 Het kan hier alleen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator betreffen, aangezien een aansprakelijkstelling van de curator q.q. ten laste van de boedel – en dus ten laste van de gemeenschappelijke schuldeisers – zou komen. Daar schieten de gezamenlijke schuldeisers dus niets mee op.

45 Contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid (exoneratie) door de curator ten aanzien van personen waarmee hij in een bijzondere – niet-contractuele – verhouding staat, zoals de schuldeisers en de gefailleerde, is volgens Wessels niet goed voorstelbaar. Zie B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 147.

46 Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 245-246 en B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 154.

bedrijfsterrein een veel te lage verkoopopbrengst heeft gerealiseerd, dan wel het terrein niet heeft kunnen verkopen, terwijl de situatie in werkelijkheid toch meevalt. Uit de plicht om met voldoende inzet de hoogst mogelijke opbrengst voor de schuldeisers van de gefailleerde na te streven, zou dan tevens de plicht tot het (laten) uitvoeren van een bodemonderzoek kunnen voortvloeien. Het lijkt mij echter niet aannemelijk dat hieruit snel persoonlijke aansprakelijkheid van de curator jegens de gezamenlijke schuldeisers zou kunnen voortvloeien. Er zijn immers allerlei omstandigheden denkbaar waaruit voort kan vloeien dat het niet uitvoeren van een bodemonderzoek niet in die mate verwijtbaar is, dat daaruit persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zou kunnen voortvloeien. Bijvoorbeeld:

- de omvang van de faillissementsboedel was niet toereikend om een bodemonderzoek te (laten) verrichten;
- aan potentiële kopers is door de curator de ruimte geboden om vóór de koop of levering een bodemonderzoek te verrichten, desondanks hebben deze potentiële kopers dat niet gedaan; of
- de schuldeiser(s) hadden van de rechter-commissaris een bevel kunnen uitlokken waarin wordt bepaald dat de curator een bodemonderzoek moet (laten) uitvoeren, maar hebben nagelaten een dergelijk verzoek bij de rechter-commissaris in te dienen.<sup>47</sup>

Kortom, persoonlijke aansprakelijkheid van de curator lijkt in dergelijke gevallen niet erg voor de hand te liggen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de situatie waarin de curator q.q. de onderneming/inrichting van de gefailleerde voortzet en deze vervolgens in afgeslankte vorm going concern verkoopt aan een derde.

#### 9.3.4 *De faillissementscurator en zijn rol als drijver en verkoper van de onderneming/inrichting van de gefailleerde going concern*

Waarom hier nog specifiek ingaan op de situatie waarin een onderneming/inrichting going concern wordt verkocht, ofwel de doorstart-situatie? Dit vanwege de volgende twee vragen die in geval van een dergelijke verkoop kunnen rijzen:

- (1) rusten er extra zorgvuldigheidsvereisten op de curator wat betreft het verkopen en drijven van de onderneming/inrichting in vergelijking tot de aparte verkoop van een actief (bijvoorbeeld een perceel grond)?
- (2) rusten er nog mogelijke aansprakelijkheden/verantwoordelijkheden op de curator ten aanzien van andere milieurechtelijke problemen?

---

47 Art. 69 lid 1 Fw luidt: "Ieder der schuldeisers, de commissie uit hun midden benoemd en ook de gefailleerde kunnen bij verzoekschrift tegen elke handeling van den curator bij den rechter-commissaris opkomen, of van dezen een bevel uitlokken, dat de curator eene bepaalde handeling verrichte of ene voorgenomen handeling nalate."



*Extra zorgvuldigheidsnormen?*

Indien de beslissing is genomen de onderneming van de gefailleerde voort te zetten, en deze beslissing is door de curator voldoende onderbouwd genomen, dan betekent dit dat de curator de voortzetting van de onderneming, eventueel in afgeslankte vorm, voldoende levensvatbaar acht. Het feit dat de curator de onderneming levensvatbaar acht, brengt impliciet wel met zich mee, dat van de curator mag worden verwacht dat hij in redelijke mate op de hoogte is van de omvang en gesteldheid van de totale faillissementsboedel. Als gevolg daarvan is het verdedigbaar dat de curator in dergelijke gevallen ook inzicht heeft in de gesteldheid van de bodem waarop het bedrijf is gevestigd. Indien de gefailleerde voor het moment van faillietverklaring bijvoorbeeld vanwege een gebrek aan geld allerlei milieu(vergunnings)voorschriften niet is nagekomen en de grond in ernstige mate heeft vervuild, zal de curator niet altijd op goede gronden kunnen besluiten tot voortzetting van de onderneming/inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde. De toekomstige saneringskosten zijn dan bijvoorbeeld te hoog om nog een gezonde bedrijfsvoering uit te kunnen voeren, dan wel de saneringswerkzaamheden zijn zo ingrijpend dat voortzetting van de onderneming/inrichting op korte termijn niet mogelijk is.

Het is in dergelijke gevallen raadzaam voor een potentiële koper om eerst een onderzoek te verrichten naar de te kopen onderneming, inclusief een bodemonderzoek. Dat neemt niet weg dat er mijns inziens een verdergaande mededelingsplicht kan rusten op de curator ten aanzien van de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging ten tijde van de verkoop, juist omdat hij de onderneming wel levensvatbaar acht. De curator is op de hoogte van de aard en de vermogenspositie van de desbetreffende onderneming/inrichting, en heeft wellicht informatie van de gefailleerde en van de bij de gefailleerde in dienst zijnde personen ontvangen.

Toch past ook hier naar mijn mening voorzichtigheid wat betreft het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Vaak zal de beslissing om de onderneming/inrichting van de gefailleerde na de faillietverklaring voort te zetten op korte termijn door de curator moeten worden genomen, en is deze beslissing gegrond op bedrijfseconomische omstandigheden. Dat er mogelijk sprake is van ernstige bodemverontreiniging is dan niet een primair aandachtspunt. Daarnaast kan het voorkomen dat mogelijk belangrijke informatie niet aan de curator wordt gemeld. Dat neemt niet weg dat de curator dit probleem zeker mee kan nemen bij zijn oordeel of de onderneming/inrichting ook in de toekomst op vergelijkbare wijze en op dezelfde locatie kan worden voortgezet door een rechtsopvolger. Ook op de koper rust trouwens een onderzoeksplicht dienaangaande.

*Andere mogelijke milieurechtelijke aansprakelijkheden/verantwoordelijkheden?*

In geval van een verkoop going concern kunnen er nog andere milieurechtelijke problemen spelen, zoals een overtreding van bijvoorbeeld lozingsvoorschriften in het verleden. Ook dan zal de curator, als hij op de hoogte was van deze overtredingen begaan in het verleden dan wel als redelijk handelend curator daarvan op de hoogte had moeten zijn, dit feit moeten meedelen aan de (potentiële) koper of een bepaling in het koopcontract op dit punt moeten bedingen. Ook hier geldt weer dat bij de beslissing tot voortzetting van de onderneming en de verkoop going concern niet primair aandacht zal worden besteed aan mogelijke overtredingen van milieu(vergunnings)voorschriften in het verleden. Daarbij verdient opmerking, dat de kans op overtreding waarschijnlijk hoger is dan in normale gevallen, omdat de onderneming/inrichting voor de faillietverklaring in financieel ‘zwaar weer’ verkeerde, waarbij het gemakkelijker voorstelbaar is dat geldende milieu(vergunnings)voorschriften eerder werden overtreden dan in normale gevallen. Ook op de koper rust dan een onderzoeksplicht naar de mogelijke milieuproblemen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden/verantwoordelijkheden die eventueel aan de te kopen onderneming kunnen kleven.

#### **9.4 De positie van de overheid bij het faillissement van de verantwoordelijke rechtspersoon/drijver van de inrichting**

##### *9.4.1 De overheid en haar rol als rechtshandhaver en als schuldeiser in faillissement*

De overheid kan in verschillende hoedanigheden betrokken zijn bij een faillissement: als handhaver van milieu(vergunnings)voorschriften, of, daarmee vaak in verband staand, als schuldeiser van de gefailleerde. Hiervoor kwam aan de orde dat de overheid de curator als drijver van de inrichting ten tijde van het faillissement kan verplichten tot nakoming van de tot de faillissementsboedel gerichte objectieve rechtsplichten. Omdat de curator dan direct in zijn hoedanigheid van curator wordt aangesproken (q.q.), komen de kosten van naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften direct ten laste van de faillissementsboedel. Ook kosten vanwege bestuursdwang of verbeurde dwangsommen ontstaan na het moment van faillietverklaring zijn aan te merken als boedelschulden,<sup>48</sup> aangezien de curator q.q. zijn verplichtingen niet nakomt.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Zie over de rang van dergelijke boedelschulden par. 9.4.5.

<sup>49</sup> Zie daarover ook mijn artikel, ‘De curator en de naleving van de milieuvergunning’, *NJB* 2005/15, p. 784-789.

*De overheid (het bevoegd gezag) als rechtshandhaver*

In geval van bodemverontreiniging kan de overheid worden geconfronteerd met een failliete eigenaar van een ernstig vervuild perceel grond. Een bevel tot sanering van de vervuilde bodem kan niet aan de curator persoonlijk worden opgelegd, aangezien hij zelf geen veroorzaker van de bodemverontreiniging is. Ten opzichte van de curator persoonlijk kan ook geen saneringsplicht als bedrijfsmatige eigenaar of eigenaar gelden (art. 55b Wbb), aangezien hij geen eigenaar of erfpachter van de desbetreffende grond is. Het opleggen van een saneringsbevel aan, of het toepasselijk zijn van de wettelijke saneringsplicht voor, de gefailleerde (bedrijfsmatige) eigenaar of erfpachter zal in het algemeen geen effect hebben, omdat de gefailleerde eigenaar of erfpachter niet meer over de financiële middelen beschikt om de bodem te saneren en tijdens het faillissement beschikkingsonbevoegd is ten aanzien van zijn in de failliete boedel vallend vermogen. Wel kan een dergelijke onderzoeks- of saneringsplicht zich tot de faillissementsboedel richten waarin het actief grond zich bevindt. Het gevolg daarvan is dat de curator q.q. – indien hij daarvoor financiële middelen beschikbaar heeft – deze plicht moet naleven en daartoe kan worden aangesproken door het bevoegd gezag.<sup>50</sup>

Na afloop van het faillissement zal de failliet verklaarde rechtspersoon meestal worden ontbonden.<sup>51</sup> Het bevoegd gezag kan dan de eventuele koper (nieuwe eigenaar of erfpachter) van het bedrijfsterrein verplichten tot bodemsanering. Maar met een dreigende wettelijke saneringsplicht (art. 55b Wbb) zal het actief grond niet gemakkelijk verkoopbaar zijn. Mogelijk kan de potentiële koper vóór het moment van koop met de bevoegde overheidsinstantie in overleg treden en afspraken maken omtrent mogelijke subsidieverlening of beperkte bodemsanering ná de eventuele koop van het perceel grond. Er moet dan wél financiële zekerheid door de koper voor de saneringskosten worden gesteld, zie art. 55b lid 3 Wbb.

*De overheid (het bevoegd gezag) als schuldeiser van de gefailleerde*

Daarnaast kan het bevoegd gezag uiteraard zelf overgaan tot het uitvoeren van een bodemsanering, en vervolgens verhaal trachten te zoeken op de onrechtmatige veroorzaker van de bodemverontreiniging of op de vanwege de bodemsanering ongerechtvaardigd verrijkte (art. 75 Wbb). Dan zal er eerst een nieuwe eigenaar of erfpachter van die grond moeten zijn, alvorens de verhaalsactie van het bevoegd gezag kans van slagen heeft. De saneringskosten gemaakt voor de faillissementsdatum kunnen als vordering ter verificatie bij de curator worden ingediend, maar deze vordering is niet bevoorrecht in faillissement en is ook niet als boedelschuld aan te merken. Dit komt omdat (1) nergens in de wet is bepaald dat deze kosten

<sup>50</sup> Aldus de strekking van de hiervoor in dit hoofdstuk besproken uitspraak van de ABRvS van 9 mei 2007, zaaknummer 200604496/1.

<sup>51</sup> Art. 2:19 lid 1 onder c BW.

bevoorrecht zijn, en (2) de curator niet in zijn hoedanigheid van curator wordt aangesproken. Deze vordering is daarom een normale concurrente vordering in het faillissement, met als gevolg dat het bodem sanerende bevoegd gezag deze kosten waarschijnlijk niet meer op de faillissementsboedel zal kunnen verhalen: de faillissementsboedel zal immers meestal niet toereikend zijn om de concurrente vorderingen (volledig) te voldoen. Saneringskosten gemaakt door het bevoegd gezag ná de faillietverklaring zijn niet verifieerbaar in faillissement (art. 24 Fw).

#### *Afstand van het eigendomsrecht?*

Een apart geval is nog het volgende. De curator zou kunnen proberen, bijvoorbeeld in het kader van een doorstart van een onderneming van de gefailleerde rechtspersoon waarbij enkele percelen grond wel worden overgedragen en andere percelen grond juist niet, namens en met toestemming van de gefailleerde – die immers eigenaar van de grond blijft ná het moment van faillietverklaring – afstand te doen van het eigendomsrecht op de niet over te dragen percelen grond. Dat zou betekenen dat het eigendomsrecht op die percelen grond toevalt aan de Nederlandse Staat.<sup>52</sup> Een dergelijke handelswijze is in dit geval onmogelijk. Zou dit wel mogelijk zijn, dan zou iedere grondeigenaar door middel van het afstand doen van zijn eigendomsrecht op de grond de Nederlandse Staat de eigendom van ernstig verontreinigde grond kunnen opdringen en – indien de eigenaar die afstand doet geen veroorzaker van de bodemverontreiniging was – daarmee ook de mogelijke wettelijke saneringsplicht kunnen ontlopen.<sup>53</sup> Zie over afstand van recht met betrekking tot zaken met een negatieve vermogensrechtelijke waarde, zoals vervuilde grond, de dissertatie van *Smelt*.<sup>54</sup>

#### 9.4.2 *Financiële zekerheidstelling ten gunste van het bevoegd gezag ten aanzien van het nakomen van de milieu(vergunnings)voorschriften*

Hoe kan het bevoegd gezag voorkomen dat een vergunninghouder niet meer kan worden aangesproken tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften vanwege diens insolventie of faillietverklaring? Over deze vraag is ook door de wetgever nagedacht, en sinds enige jaren kennen wij in de Nederlandse milieuregeling de mogelijkheid tot verplichte financiële zekerheidstelling door de (Wm-)vergunninghouder.<sup>55</sup> Let wel, deze financiële zekerheidstelling werkt ten gunste

<sup>52</sup> Art. 5:24 BW: “Aan de Staat behoren onroerende zaken die geen andere eigenaar hebben.”

<sup>53</sup> Zie HR 20 juni 1997, *NJ* 1999, 301 (Luidens/Aruba), m.nt. WMK, r.o. 3.5: “(...) Een eigenaar kan echter niet van zijn eigendom afstand doen (vgl. HR 11 maart 1966, *NJ* 1966, 330), nog daargelaten dat volgens art. 572 onroerende zaken die geen – andere – eigenaar hebben, aan het Land toebehoren.”

<sup>54</sup> A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006.

<sup>55</sup> Zie hierover ook E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivatrecht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2003, p. 249-256. Ook de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid zet de Lidstaten van de Europese Unie aan tot het invoeren van financiële zekerheidstelling met betrekking tot mogelijke milieuschade, zie artikel 14 lid 1, luidende: “Member States shall take measures to encourage the development of financial security instruments and markets by the appropriate economic and financial operators, including financial mechanisms in case of insolvency, with the aim of enabling operators to use financial guarantees to cover their responsibilities under this Directive.”

van de overheid die schade lijdt vanwege bijvoorbeeld het niet naleven van milieu(vergunnings)voorschriften door de drijver van de inrichting. Wat betreft schade van derden – waarop ik hier verder niet inga – is financiële zekerheidstelling niet goed denkbaar. Daar lijkt verzekering of fondsvorming de enige weg om de gedupeerden in geval van insolventiteit of faillissement van de veroorzaker van verontreiniging tegemoet te komen.

Enige belangrijke regels met betrekking tot financiële zekerheidstelling in het milieurecht zijn de volgende:

- (3) Regels van financiële zekerheidstelling zijn te vinden in art. 8.15 Wm: aan de Wm-vergunning kunnen tevens voorschriften worden verbonden, waaruit volgt dat de drijver van de inrichting financiële zekerheid stelt voor het nakomen van de Wm-vergunningsvoorschriften en ter dekking van verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de door de inrichting veroorzaakte nadelige gevolgen voor het milieu. Deze regels zijn verder uitgewerkt in het Besluit financiële zekerheid milieubeheer van 8 februari 2003.<sup>56</sup> Op grond van dit Besluit kan het bevoegd gezag in bepaalde gevallen de vergunninghouder<sup>57</sup> verplichten tot het stellen van financiële zekerheidstelling.<sup>58</sup> Het Besluit financiële zekerheid milieubeheer bepaalt dat de financiële zekerheidstelling kan plaatsvinden via: een borgtocht of bankgarantie, een hypotheek- of pandrecht, deelname aan een daartoe ingesteld fonds of enige andere voorziening, naar het oordeel van het bevoegd gezag gelijkwaardig aan voormelde andere vormen van financiële zekerheidstelling.<sup>59</sup> In geval van een bedrijfsovername, waarbij de inrichting wordt overgedragen, geldt nog het extra vereiste dat de nieuwe drijver van de inrichting schriftelijk bewijs moet overleggen waaruit blijkt dat ook hij overeenkomstig het voorschrift in de Wm-vergunning financiële zekerheid heeft gesteld.<sup>60</sup> Indien alleen de aandelen van de drijver van de inrichting worden overgedragen, zal er geen sprake zijn van een nieuwe drijver van de inrichting: dezelfde vennootschap aan wie de vergunning is verleend blijft de inrichting drijven. Dit is uiteraard vaak anders in geval van een

56 *Stb.* 2003, 71. Het Besluit financiële zekerheid milieubeheer is in werking getreden op 1 mei 2003, zie *Stb.* 2003, 150.

57 Financiële zekerheid kan dus niet van iedere drijver worden verlangd, zie art. 13 lid 1 Besluit financiële zekerheid milieubeheer: “Indien het bevoegd gezag de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid oplegt, geldt de vergunning voor de inrichting slechts voor degene aan wie de vergunning is verleend.” Indien in een Wm-vergunning een financiële bepaling is opgenomen, is deze Wm-vergunning op die manier dus persoonsgebonden geworden. Dat blijkt ook uit het tweede lid van art. 13 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer, dat van belang is in geval van een bedrijfsovername.

58 Zie art. 3 lid 1 en Bijlage 1 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer. De hoogte van het bedrag waarvoor financiële zekerheid wordt gevraagd, moet door het bevoegd gezag worden gemotiveerd, zie art. 3 lid 2 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer en bijvoorbeeld ABRvS 27 april 2005, *AB* 2005, 312 en ABRvS 29 juni 2005, *AB* 2005, 313, m.nt. J.R.C. Tieman.

59 Art. 5 Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

60 Art. 13 lid 2 Besluit financiële zekerheid milieubeheer: “Het eerste lid is niet van toepassing indien ten minste vier weken voordat de inrichting aan een ander wordt overgedragen, degene aan wie de inrichting wordt overgedragen, schriftelijk bewijs aan het bevoegd gezag overlegt, dat hij overeenkomstig het voorschrift financiële zekerheid heeft gesteld.”

juridische fusie of (af)splitsing of een activa/passivatransactie. Dat het niet ondenkbaar is dat in geval van een aandelentransactie het bevoegd gezag soms toch kan oordelen dat er sprake is van een onwenselijke verandering binnen de vennootschap/drijver van de inrichting vanwege de verkoop van de aandelen, zodat de persoonsgebonden vergunning zou kunnen worden ingetrokken, is besproken in par. 2.6. Echter, indien de vergunning alleen persoonsgebonden is te noemen vanwege de omstandigheid dat financiële zekerheid van de vergunninghouder wordt verlangd, lijkt intrekking van de vergunning vanwege het plaatsvinden van een aandelentransactie niet aan de orde. Immers, de financiële zekerheidsstelling is afgegeven door de vennootschap en deze zekerheidsstelling zal in principe niet wijzigen vanwege de aandelentransactie, tenzij er redenen zijn om aan te nemen dat de nieuwe aandeelhouder de vennootschap 'leeg haalt'.

- (4) In bepaalde gevallen<sup>61</sup> kan het bevoegd gezag op grond van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer ook financiële zekerheid verlangen van diegene aan wie de vergunning is verleend ter dekking van zijn verantwoordelijkheid voor schade aan de bodem.<sup>62</sup> Deze financiële zekerheidsstelling kan bestaan uit het sluiten van een verzekeringsovereenkomst, het deelnemen aan een daartoe ingesteld fonds, of enige andere voorziening, naar het oordeel van het bevoegd gezag gelijkwaardig aan voormelde andere vormen van financiële zekerheidsstelling.<sup>63</sup> Ook hier geldt weer dat de (Wm-)vergunning vanwege de financiële zekerheidsstelling die daaruit voortvloeit een persoonsgebonden karakter heeft. Indien ná het plaatsvinden van de bedrijfsovername een andere rechtspersoon de inrichting gaat drijven/vergunninghouder wordt, zal de rechtsopvolger schriftelijk de financiële zekerheid moeten kunnen aantonen.<sup>64</sup>
- (3) Art. 16 Wbb bepaalt dat de krachtens de art. 6-12 Wbb bij Algemene maatregel van Bestuur vast te stellen regels ook bepalingen kunnen bevatten ten aanzien van het stellen van financiële zekerheid voor de nakoming van de geldende regels, én ter dekking van mogelijke aansprakelijkheid vanwege veroorzaakte bodemverontreiniging. Uitwerkingen van dit wetsartikel zijn bijvoorbeeld het, inmiddels per 1 januari 2008 ingetrokken, Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998<sup>65</sup> en het Bouwstoffenbesluit bodem- en oppervlaktewaterenbescherming.<sup>66</sup> Vereisten van financiële zekerheid kwamen terug in

<sup>61</sup> Zie Bijlage 2 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer en art. 8.15 lid 1 onder b Wm.

<sup>62</sup> Art. 7 lid 1 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer spreekt weliswaar over de 'drijver van de inrichting', maar art. 13 lid 1 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer beperkt de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid tot degene aan wie de vergunning is verleend. Zie voor een voorbeeld ABRvS 13 april 2005, AB 2005, 223. Uit die uitspraak blijkt dat financiële zekerheidsstelling ook kan worden verbonden aan een besluit tot intrekking van een vergunning.

<sup>63</sup> Art. 9 Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

<sup>64</sup> Art. 13 lid 2 Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

<sup>65</sup> *Stb.* 1998, 414. Het Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 is per 1 januari 2008 ingetrokken, zie art. 6.43 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

<sup>66</sup> *Stb.* 1995, 567. Dit besluit is ook inmiddels ingetrokken, zie art. 65 Besluit bodemkwaliteit.

het voormalig art. 15 van het Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998. Diegene die vloeibare brandstof of afgewerkte olie in een ondergrondse tank opslaat, moest door middel van verzekering of een andere wijze van financiële zekerheid dekking geven voor mogelijke verantwoordelijkheid die voortvloeit uit bodemverontreiniging als gevolg van het opslaan in de ondergrondse tank.<sup>67</sup> In geval van een bedrijfsovername/overdracht diende de nieuwe eigenaar van de ondergrondse tank een schriftelijk bewijsstuk over te leggen aan het bevoegd gezag waaruit blijkt dat er sprake is van een voldoende financiële zekerheidstelling.<sup>68</sup>

Het nieuwe art. 55b lid 3 Wbb sluit hier wat betreft de zekerheidstelling ten aanzien van de algemene bodemsaneringsplicht in Nederland bij aan (zie daarover uitgebreider par. 3.3.2.2 en par. 3.3.2.3).<sup>69</sup> Artikel 38 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering bepaalt dat als financiële zekerheidstelling geldt: een bankgarantie, hypotheek- of pandrecht of een andere voorziening waarbij de financiële zekerheid naar het oordeel van het bevoegd gezag gelijkwaardig is aan voormelde vormen (bankgarantie et cetera) van financiële zekerheid.<sup>70</sup>

- (4) Een andere regeling waarbij financiële zekerheid werd vereist is het inmiddels ook ingetrokken Besluit tankstations milieubeheer.<sup>71</sup> In art. 8 van dit Besluit tankstations milieubeheer werd bepaald dat de drijver van een tankstation voor het wegverkeer financiële zekerheid moet geven ter dekking van aansprakelijkheid/verantwoordelijkheid voor bodemverontreiniging.<sup>72</sup> Dit besluit gaf geen nadere uitwerking ten aanzien van hetgeen onder financiële zekerheid moet worden verstaan. Wél moesten er bepaalde bescheiden worden overgelegd waaruit de financiële zekerheid blijkt.<sup>73</sup> Ook in geval van een bedrijfsovername/overdracht moest de nieuwe drijver financiële zekerheid stellen,<sup>74</sup> gevolgd door het uitvoeren van een verkennend bodemonderzoek.<sup>75</sup>

67 De financiële zekerheidstelling moet voortvloeien uit een schriftelijk bewijsstuk, zie art. 15 lid 6 van het Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998.

68 Art. 15 lid 8 Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 luidde: “Degene die een vloeibare brandstof of afgewerkte olie opslaat in een ondergrondse tank draagt er zorg voor dat de vorm van financiële zekerheid en de hoedanigheid van de garant niet wordt gewijzigd dan nadat aan het bevoegd gezag een schriftelijk bewijsstuk is overgelegd, waaruit blijkt dat voldaan wordt aan het eerste en tweede lid.”

69 Luidende: “Indien de eigendom of de erfpacht wordt overgedragen, blijft de verplichting om te saneren mede rusten op de eigenaar of de erfpachter die zijn eigendom respectievelijk zijn recht van erfpacht heeft overgedragen tot het tijdstip waarop de opvolgende eigenaar of de opvolgende erfpachter financiële zekerheid voor de saneringskosten heeft gesteld, en daarmee door gedeputeerde staten is ingestemd. (...)”

70 Besluit financiële bepalingen bodemsanering, *Stb.* 2005, 680.

71 Een Besluit van 20 januari 1994, *Stb.* 1994, 53. Ingetrokken per 1 januari 2008, zie art. 6.43 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer.

72 Art. 8 van het Besluit tankstations milieubeheer.

73 Art. 8a van het Besluit tankstations milieubeheer.

74 Art. 8c van het Besluit tankstations milieubeheer luidde: “Degene die het tankstation drijft draagt er zorg voor dat de vorm van de financiële zekerheid en de hoedanigheid van de garant niet wordt gewijzigd dan nadat aan het bevoegd gezag een schriftelijk bewijsstuk is overgelegd, waaruit blijkt dat de nieuwe financiële zekerheid voldoet aan de artikelen 8 en 8a.”

75 Art. 8d, leden 1 en 2 van het Besluit tankstations milieubeheer luiden: “(1) Voordat de vorm van financiële zekerheid wordt gewijzigd, de persoon of hoedanigheid van de garant wijziging ondergaat, dan wel →

- (5) Zowel het Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 als het Besluit tankstations milieubeheer is ingetrokken per 1 januari 2008, gelijktijdig met de inwerkingtreding van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer (art. 6.43).<sup>76</sup> Daarvoor is in de plaats gekomen art. 2.10 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. In dit besluit worden regels met betrekking tot financiële zekerheidstelling gegeven ten behoeve van ondergrondse tanks en tankstations. Financiële zekerheid kan worden gesteld via verzekering of een andere wijze van financiële zekerheidstelling. Welke andere wijzen dat kunnen zijn, wordt niet weergegeven in het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer. In geval van een ondergrondse tank, wordt een vast bedrag gegeven waarvoor de zekerheid moet worden gesteld (art. 2.24). Het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer verwijst ook nog naar de situatie waarin er sprake is van contractuele financiële dekking van de aansprakelijkheid. Daarbij kan worden gedacht aan een bestuurder of aandeelhouder (moedermaatschappij) die contractueel garant staat voor de financiële dekking van de aansprakelijkheid.<sup>77</sup> Er is geen specifieke regeling in geval van een bedrijfsovername of overdracht, zoals opgenomen in art. 8d, leden 1 en 2, van het voormalige Besluit tankstations milieubeheer, in het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer opgenomen.<sup>78</sup>
- (6) Verder zijn financiële zekerheidstellingbepalingen opgenomen in het Stortbesluit bodembescherming (art. 12),<sup>79</sup> de Mijnbouwwet (art. 46 – 48) en enige internationale verdragen waarbij Nederland partij is.<sup>80</sup>

In het voorstel van de Wet Algemene Bepalingen Omgevingsrecht (Wabo) wordt in art. 4.1 zelfs gesproken over verplichte financiële zekerheidstelling.<sup>81</sup>

---

ingevolge artikel 8, eerste lid, de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid op een ander komt te rusten wordt een verkennend onderzoek tankstations uitgevoerd. (2) Het verkennend onderzoek, bedoeld in het eerste lid, heeft niet plaats te vinden indien de gewijzigde of vervangende financiële zekerheid voorziet in het aanmerken van de uitkomsten van het in artikel 5 genoemde verkennend onderzoek als uitgangssituatie voor later optredende verontreiniging.”

<sup>76</sup> *Stb.* 2007, 415.

<sup>77</sup> Art. 2.25 sub c Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer luidt: “degene die contractueel instaat voor de financiële dekking van de aansprakelijkheid, bedoeld in artikel 2.24, eerste lid, voor zover sprake is van het rijden van een tankstation voor het wegverkeer, het bevoegd gezag zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis zal stellen van het tijdstip waarop die zekerheid is of zal komen te vervallen, alsmede van de opnemings van uitsluitingen en andere fundamentele wijzigingen in de afgesloten overeenkomst die de gestelde zekerheid inperken.”

<sup>78</sup> Art. 2.26 Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer bepaalt alleen nog: “Degene die een tankstation voor het wegverkeer drijft, draagt er zorg voor dat de vorm van de financiële zekerheid en de hoedanigheid van degene die contractueel instaat voor de financiële dekking van de aansprakelijkheid bedoeld in artikel 2.24, eerste lid, niet wordt gewijzigd dan nadat aan het bevoegd gezag een schriftelijk bewijsstuk is overgelegd, waaruit blijkt dat de gewijzigde financiële zekerheid voldoet aan artikel 2.24”

<sup>79</sup> *Stb.* 1993, 55.

<sup>80</sup> Zie verder E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2003, p. 254-255. Het betreffen bijvoorbeeld verdragen ten aanzien van kerninstallatie-exploitanten en olieverontreiniging veroorzaakt door olietankers.

<sup>81</sup> *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 844, A, p. 24.



Ook de Europese Richtlijn Milieuaansprakelijkheid bevat een bepaling met betrekking tot financiële zekerheidstelling.<sup>82</sup> Art. 14 lid 1 van deze richtlijn luidt als volgt:

“Member States shall take measures to encourage the development of financial security instruments and markets by the appropriate economic and financial operators, including financial mechanisms in case of insolvency, with the aim of enabling operators to use financial guarantees to cover their responsibilities under this Directive.”

De Europese Lidstaten krijgen derhalve, ten aanzien van de financiële zekerheidstelling in het kader van de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid, alle vrijheid om de wijze van financiële zekerheid zelf vast te stellen.<sup>83</sup> Zie ook bijvoorbeeld art. 6 van de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA), waarin wordt bepaald dat voor elke overbrenging van afvalstoffen waarvoor een kennisgeving is vereist, een borgsom of gelijkwaardige verzekering wordt verlangd.<sup>84</sup> Wel moet bij het verplicht stellen van financiële zekerheid in nationale regelgeving – niet voortvloeiende uit Europese regelgeving – rekening worden gehouden met het EG-verdrag. Er mag bijvoorbeeld geen sprake zijn van discriminatie, met andere woorden, de regelgeving moet geen onderscheid maken tussen nationale en buitenlandse bedrijven.<sup>85</sup>

#### 9.4.3 *Analyse van de regelgeving met betrekking tot financiële zekerheidstelling*

Vooraf door de vergunninghouder/drijver van de inrichting of door de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter (vergelijk art. 55a Wbb en art. 55b lid 3 Wbb) gestelde financiële zekerheid kan uiteraard voor het verhaal zoekende bevoegd gezag uitkomst bieden in geval van insolventie en/of faillissement van de drijver van de inrichting, eigenaar of erfpachter. In deze paragraaf wordt ingegaan op twee vragen ten aanzien van de financiële zekerheidstelling:

- (1) Welke wijzen van financiële zekerheid bieden ook daadwerkelijk zekerheid voor het verhaal zoekende bevoegde gezag?
- (2) Welke voor- en nadelen kleven er aan de verschillende wijzen van financiële zekerheidstelling?

<sup>82</sup> *Pb EU* L 143/56, Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage.

<sup>83</sup> Zie bijvoorbeeld ook MEMO/04/78, ‘Questions and Answers Environmental Liability Directive’, 1 april 2004, Question 15: “Does the Directive require operators to take out insurances? (...) Firstly, it is important to stress that insurances are not the only way to get financial security. There are other forms of financial security, for example bank guarantees, the pooling of funds, financial guarantees given to a subsidiary by the parent company, etc.”

<sup>84</sup> *PbEG* L 190/11.

<sup>85</sup> J.H. Jans en H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, 2008, 3rd edition, Groningen: Europa Law Publishing, p. 223-264.

De regels ten aanzien van financiële zekerheidstelling laten aan het bevoegd gezag de ruimte om zelf een geschikte wijze van zekerheid voor te schrijven. In het Besluit financiële zekerheid milieubeheer en het Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 wordt wel als vereiste gesteld dat andere wijzen van financiële zekerheid dan vermeld in de desbetreffende besluiten, naar het oordeel van het bevoegd gezag, gelijkwaardig moeten zijn aan de wél in deze besluiten vermelde vormen van financiële zekerheidstelling.

Het Besluit financiële zekerheid milieubeheer benoemt zoals gezegd een aantal vormen van financiële zekerheidstelling. De hierna te bespreken mogelijkheden van bankgarantie, pand- of hypotheekrecht komen overigens ook terug in het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.<sup>86</sup>

### *Borgtocht of bankgarantie*

Ten eerste de mogelijkheid van financiële zekerheidstelling via de overeenkomst van borgtocht of bankgarantie.<sup>87</sup> In geval van faillissement van de (hoofd)schuldenaar/drijver van de inrichting zal het verhaal zoekende bevoegd gezag beroep kunnen doen op de borg of de bank die (financieel) garant staat voor de nakoming van de (milieurechtelijke) verplichtingen van de drijver van de inrichting.<sup>88</sup> De borg zal in het algemeen een professionele instelling zijn, op wie het bevoegd gezag zijn kosten met betrekking tot mogelijke herstelwerkzaamheden kan verhalen.<sup>89</sup> Als borg zal bijvoorbeeld ook een moeder- of zustervenootschap van de drijver van de inrichting kunnen optreden. In het algemeen zal de borgtocht betrekking hebben op de betaling van schadevergoeding aan het bevoegd gezag, tenzij in de overeenkomst van borgtocht uitdrukkelijk anders is bedongen.<sup>90</sup> Het is in geval van borgtocht denkbaar, dat de borg verplicht is om de uitvoering van bepaalde saneringswerkzaamheden op zich te nemen. Denkbaar is tevens dat de borg zorg draagt voor de verwijdering van bepaalde afvalstoffen op het terrein van de inrichting van de hoofdschuldenaar.

Indien als borg een natuurlijk persoon, niet in uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelend, optreedt, is de overeenkomst van borgtocht wel aan bepaalde restricties onderhevig.<sup>91</sup> Deze restricties gelden in dit geval niet met betrekking tot de bestuurder die alleen of tezamen met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen in de NV of BV die de inrichting drijft heeft. Dus als de borgtocht wordt verstrekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de NV

---

<sup>86</sup> En wel in art. 38 van het Besluit financiële bepalingen bodemsanering.

<sup>87</sup> Art. 5 lid 2 onder a Besluit financiële zekerheid milieubeheer.

<sup>88</sup> Art. 7:855 lid 1 BW: "De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis is tekort geschoten."

<sup>89</sup> Art. 7:850 BW.

<sup>90</sup> Art. 7:854 BW.

<sup>91</sup> Zie met name art. 7:861 en art. 7:862 BW.

of BV, dan is afdeling 2 van titel 14 van boek 7 (borgtocht) waarin de restricties zijn opgenomen niet toepasselijk, en zijn er dus geen restricties.<sup>92</sup> In het geval er wél sprake is van een particuliere borg in de zin van art. 7:857 BW, dan gelden als restricties onder andere dat de borgtocht slechts geldig is als een in geld uitgedrukt maximum-bedrag in de overeenkomst van borgtocht is afgesproken,<sup>93</sup> en de overeenkomst tussentijds kan worden opgezegd.<sup>94</sup> Daarnaast bevat art. 7:861 BW nog een addertje onder het gras voor gevallen van borgtocht waarover wij het hier hebben (namelijk borgtocht aangegaan buiten beroep of bedrijf). Lid 3 van dit wetartikel bepaalt immers:

“Een borg is niet verbonden voor toekomstige verbintenissen tot vergoeding van schade, waarvoor de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser aansprakelijk is, voor zover de schuldeiser de schade had kunnen voorkomen door een toezicht als redelijkerwijs van hem gevergd had kunnen worden.”

Hier komt derhalve ook nog de toezichthoudende taak van de schuldeiser om de hoek kijken. Interessant is de vraag of deze plicht tot het houden van toezicht door de schuldeiser ook geldt indien de schuldeiser een overheidsorgaan is die een borg verlangt met betrekking tot mogelijke toekomstige milieurechtelijke overtredingen. Kan deze bepaling ‘bestuursrechtelijk’ worden geïnterpreteerd, met andere woorden, verplicht deze bepaling het bevoegd gezag om toezicht te houden op de (toekomstige) schuldenaar, zodat deze bijvoorbeeld geen milieuovertredingen begaat of bodemverontreiniging veroorzaakt? Deze vraag is trouwens niet alleen van belang ten aanzien van particuliere borgen in de zin van art. 7:857 BW, maar ook ten aanzien van professionele borgen. Ook ten opzichte van de professionele borg zal de schuldeiser immers de zorgvuldigheid in acht moeten nemen, waaruit de verplichting tot het houden van voldoende toezicht op de hoofdschuldenaar voort kan vloeien. Deze bescherming van de professionele borg vloeit echter voort uit het algemene verbintenissenrecht, en is waarschijnlijk minder strikt in vergelijking tot de bepalingen in afdeling 2 van titel 14 van boek 7 BW, en is slechts van regeland recht, hetgeen betekent dat deze bescherming van de borg via een exonerationbeding kan worden uitgesloten.<sup>95</sup>

Hoewel de toezichthoudende taak van de (potentiële) schuldeiser zoals geformuleerd in art. 7:861 lid 3 BW uiteraard primair ziet op civielrechtelijke rechtsverhoudingen, is het naar mijn mening logisch in dit geval ook het bestuursrechtelijk

92 Zie art. 7:857 BW en daarover J.W.H. Blomkwist, *Monografieën BW*, B78, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2006, p. 8-11 en C.J. van Zeben, *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 1995, p. 457-458.

93 Art. 7:858 lid 1 BW. Het bedrag van de verbintenis van de hoofdschuldenaar zal op het tijdstip van het aangaan van de borgtocht vaak immers nog niet vaststaan.

94 Art. 7:861 lid 1 BW: “Een borgtocht die voor toekomstige verbintenissen is aangegaan, kan: a. te allen tijde worden opgezegd, indien zij voor een bepaalde duur geldt; b. na vijf jaren worden opgezegd, indien zij wel voor een bepaalde duur geldt.”

95 J.W.H. Blomkwist, *Monografieën BW*, B78, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2006, p. 64. Blomkwist verwijst daarbij naar art. 6:2, art. 6:101, art. 6:248 en art. 6:258 BW.

ke toezicht van het bevoegd gezag/schuldeiser hieronder te brengen. Het bevoegd gezag maakt hier immers gebruik van een civielrechtelijk instrument, de borgtochtovereenkomst. Daarbij gaat op het bevoegd gezag de zorgvuldigheid jegens de borg rusten wat betreft het houden van voldoende toezicht op de hoofdschuldenaar ten aanzien van de nakoming van de verplichting waarop de borgtocht betrekking heeft. Het zou onredelijk zijn een andere maatstaf te hanteren ten aanzien van het bevoegd gezag dat een borgtochtovereenkomst heeft bedongen.<sup>96</sup>

De borg zou zich derhalve op het standpunt kunnen stellen dat het bevoegd gezag eerder had moeten ingrijpen, waardoor het schadebedrag (veel) lager zou zijn uitgevallen. Indien de borg het falende toezicht van het bevoegd gezag met bewijs kan onderbouwen, komt het bevoegd gezag in een moeilijke positie waarbij hij zijn kosten wellicht niet (volledig) op de borg kan verhalen.

Een bankgarantie biedt de overheid een grote mate van financiële zekerheid. Daarbij is de contractuele inhoud van de bankgarantie uiteraard wel van groot belang ter beoordeling van de mate van zekerheid. In het contract mogen niet te veel restricties zijn opgenomen.

Het voordeel van het bedingen van een borgtocht of een bankgarantie is reeds weergegeven: het biedt het verhaalde bevoegd gezag een grote mate van zekerheid in geval de drijver van de inrichting insolvent is of failliet wordt verklaard. Er zijn echter ook nadelen verbonden aan deze wijzen van financiële zekerheidstelling. Er zal bijvoorbeeld niet snel een borg of bank te vinden zijn die (financieel) garant wil staan voor de nakoming van milieurechtelijke verplichtingen van de drijver van de inrichting, zonder dat de borg of de bank zelf weer (zakelijke) zekerheid verkrijgt van degene waarvoor hij borg staat of waarvoor hij de bankgarantie afgeeft. Bijvoorbeeld in de vorm van een hypotheekrecht. Indien dat niet mogelijk is, zal een bank meestal ook geen overeenkomst van borgtocht aangaan of bereid zijn om een bankgarantie te verstrekken.

Hier raken we ook het algemene probleem ten aanzien van de regels met betrekking tot financiële zekerheidstelling: de financiële zekerheidstelling beperkt de drijver van de inrichting in zijn financiële speelruimte, in die zin dat zijn kredietruimte wordt beperkt. Dit kan als onwenselijk worden ervaren door de desbetreffende ondernemer/drijver van de inrichting. Wel biedt art. 5 lid 3 van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer hier enig soelaas: "Het bevoegd gezag respecteert zoveel mogelijk de vorm van financiële zekerheid die de voorkeur

---

<sup>96</sup> Ook uit de wetsgeschiedenis van dit artikellid blijkt dat de wetgever een ruime toepassing aan deze plicht van de schuldeiser tot het houden van voldoende toezicht op de hoofdschuldenaar voor ogen staat: "Wat over een comptabele beampte gezegd is, geldt natuurlijk ook voor andere rechtsverhoudingen op grond waarvan de borg moet worden verschaft voor eventuele vorderingen ter zake van wanbeheer of onrechtmatige daden van de zijde van de hoofdschuldenaar." Zie W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer, 1991, p. 454.

geniet van degene die de inrichting drijft.” Daarnaast heeft de bankgarantie voor diegene die de garantie nodig heeft financieel nog een ander nadeel: jaarlijks zal een contractueel vastgesteld bedrag aan de bank moeten worden betaald voor de instandhouding van de bankgarantie.

### *Pand- of hypotheekrecht*

Ten tweede bestaat de mogelijkheid tot het bedingen en vestigen van een pand- of hypotheekrecht<sup>97</sup> op zaken in eigendom van de drijver van de inrichting. Ook deze vormen van financiële zekerheidstelling zijn op zich vérstrekkend van aard. De pand- of hypotheekhouder kan immers in geval van faillissement als separatist – als ware er geen faillissement – haar recht uitoefenen ondanks het ‘algemene beslag’ dat op het gehele vermogen van de gefailleerde rust.<sup>98</sup> De zaak waarop een pand- of hypotheekrecht rust kan dus met voorrang op andere schuldeisers worden verhaald, ook in geval van faillissement.<sup>99</sup> Toch biedt deze wijze van zekerheidstelling het bevoegd gezag minder zekerheid dan dit op het eerste gezicht lijkt. Dit vanwege de volgende omstandigheden.

Het pandrecht dat het bevoegd gezag bedingt zal in het algemeen een bezitloos pandrecht zijn.<sup>100</sup> Dat betekent dat de roerende zaak<sup>101</sup> waarop het pandrecht rust niet, zoals bij vestiging van een vuistpand, in de macht wordt gebracht van de pandhouder of een derde. Het bevoegd gezag zal immers met de vestiging van het pandrecht in het algemeen geen zaken aan de bedrijfsvoering van de drijver van de inrichting willen onttrekken, en zal de goederen (fysiek) niet in zijn macht willen hebben. In geval van een bezitloos pandrecht bestaat wel het gevaar dat de zaak waarop het bezitloos pandrecht is gevestigd door de pandgever (schuldenaar/drijver van de inrichting) wordt vervreemd. Vervreemding (verkoop) van de zaak aan een koper te goeder trouw zal zich aan de vooravond van een dreigend faillissement nogal eens voor kunnen komen.<sup>102</sup> Ook een eigendomsvoorbehoud van de leverancier van de desbetreffende zaken kan aan uitwinning van de zaken waarop een bezitloos pandrecht is gevestigd in de weg staan. Er kunnen zich dus situaties voordoen, waarin het bevoegd gezag zich niet meer op de roerende zaak waarop een bezitloos pandrecht is gevestigd kan verhalen.

---

97 Titel 9 van boek 3 BW.

98 Art. 57 Fw.

99 Art. 3:227 BW.

100 Art. 3:237 BW.

101 Meestal zal het pandrecht op een roerende zaak worden gevestigd. Echter, ook een (bezitloos) pandrecht op bijvoorbeeld een recht aan toonder is mogelijk, zie art. 3:236 en art. 3:237 BW.

102 Indien de nieuwe verkrijger van de roerende zaak te goeder trouw was (art. 3:86 lid 2 BW), dan verliest de pandhouder zijn pandrecht.

Een probleem bij de vestiging van een hypotheekrecht op een registergoed – bijvoorbeeld een onroerende zaak zoals een bedrijfspand, maar ook bijvoorbeeld een zeeschip,<sup>103</sup> binnenschip<sup>104</sup> of luchtvaartuig<sup>105</sup> – ten behoeve van het bevoegd gezag, is dat het bevoegd gezag meestal niet een eerste hypotheekrecht verkrijgt. Vaak is er ten gunste van een ander, met name banken, al eerder een hypotheekrecht op de desbetreffende onroerende zaak gevestigd. Eerder in het openbare register<sup>106</sup> ingeschreven hypotheekrechten gaan in rangorde vóór op later ingeschreven hypotheekrechten.<sup>107</sup> In geval van faillissement zal het verhaal zoekende bevoegd gezag dan ook niet altijd baat hebben van zijn voorrang voortvloeiende uit een ten behoeve van hem gevestigd hypotheekrecht.<sup>108</sup> Daarnaast zal de onroerende zaak waarop het hypotheekrecht is gevestigd, soms (veel) minder opbrengen indien de bodem is verontreinigd. Ook dan geeft het hypotheekrecht niet altijd de gewenste financiële zekerheid.

Kortom, gezien de positie waarin het bevoegd gezag financiële zekerheid door middel van het vestigen van een pand- of hypotheekrecht wil bewerkstelligen, kunnen deze vormen van financiële zekerheidstelling soms minder zekerheid bieden dan verwacht. In geval van vestiging van een bezitloos pandrecht – een vuistpand zal naar ik aanneem niet erg voor de hand liggen in dit soort situaties – kan de roerende zaak waarop het bezitloos pandrecht is gevestigd in de aanloop naar het faillissement zijn vervreemd en niet meer traceerbaar zijn, of vervalt het pandrecht indien de nieuwe verkrijger van de roerende zaak te goeder trouw is. In geval van vestiging van een hypotheekrecht ten behoeve van het bevoegd gezag zal er meestal sprake zijn van een tweede of derde hypotheekrecht op de desbetreffende onroerende zaak, zodat er na uitwinning van de onroerende zaak door de eerste (en tweede) hypotheekhouder(s) geen baten meer overblijven ten gunste van het bevoegd gezag.

#### *Deelname aan een fonds*

Het Besluit financiële zekerheid milieubeheer geeft als derde mogelijkheid van financiële zekerheidstelling de deelname van de drijver van de inrichting aan een fonds. Het instellen van een fonds brengt een methode van algemene omslag onder de bij het desbetreffende fonds aangesloten drijvers van inrichtingen met zich mee. Daar bedoel ik mee dat de drijvers van de inrichtingen/vergunninghouders hun bijdragen in één (algemeen) fonds storten waarop het bevoegd gezag zich kan verhalen indien dat nodig is, ongeacht welke bij het fonds aangesloten drijver

---

<sup>103</sup> Art. 8:193 BW.

<sup>104</sup> Art. 8:783 BW.

<sup>105</sup> Art. 8:1302 BW.

<sup>106</sup> Art. 3:16 BW.

<sup>107</sup> Art. 3:21 BW.

<sup>108</sup> Het bevoegd gezag kan, indien hij het niet eens is met de verdeling van de opbrengst van de verkoop van de onroerende zaak, als belanghebbende verzoeken tot een gerechtelijke rangregelingprocedure, zie art. 3:271 BW jo. art. 552 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

van de inrichting/vergunninghouder de milieu(vergunnings)voorschriften heeft overtreden. *Bauw en Brans* wijzen er op dat heffing van fondsbijdragen tevens tot bepaalde gedragseffecten kunnen leiden en daarom ook kunnen worden beschouwd als financiële beleidsinstrumenten, en niet alleen als een middel om solvabiliteitsproblemen tegen te gaan.<sup>109</sup> Deze vorm van heffing zou uiteraard ook ten gunste van, door de niet-naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, benadeelde derden kunnen worden aangewend. Aangenomen moet worden dat, gezien de strekking van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer, fondsvorming als bedoeld in dit besluit niet aangewend kan worden ten gunste van schadelijgende derden. Daarvoor zal een apart fonds in het leven moeten worden geroepen.

Gedurende de jaren '80 en '90 van de twintigste eeuw is overigens in de Verenigde Staten op federaal niveau ervaring opgedaan met de vorming van een saneringsfonds, het zogenaamde Superfund. De term Superfund wordt vaak ook gebruikt ter vervanging van de officiële naam van de wet, CERCLA.<sup>110</sup> Superfund werd gecreëerd via het heffen van belastingen op petrochemische industriële ondernemingen in de Verenigde Staten. In 1995 is deze specifieke belastingheffing op de petrochemische industrie beëindigd.<sup>111</sup> Sindsdien wordt het fonds soms aangevuld uit algemene belastingopbrengsten. Het Superfund is sindsdien dan ook niet meer heel effectief.<sup>112</sup> Er is minder geld beschikbaar, waardoor er minder saneringen kunnen worden gefinancierd via Superfund. Blijkbaar was het in de Verenigde Staten politiek gezien niet langer haalbaar om een bepaalde bedrijfstak te belasten via algemene fondsvorming. Bedrijven zijn waarschijnlijk eerder bereid om bijdragen te leveren aan specifieke fondsen, waarvan de baten uiteindelijk ook terugvloeien ten behoeve van sanering van percelen grond in eigendom van de bedrijven die het fonds in stand moeten houden.<sup>113</sup>

109 E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2003, p. 249.

110 De *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA)*. Deze wet is in 1980 ingevoerd vanwege de toenemende problemen ten aanzien van vervuilde (stort)plaatsen en van in het milieu gebrachte gevaarlijke stoffen. Ook op statelijk niveau zijn soms met CERCLA vergelijkbare wetten toegepast.

111 R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation, Law, Science, and Policy*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 225: "For its response and remediation costs, the federal government draws on the Superfund, which is funded initially through a tax on chemical feedstocks. (...) This tax expired in 1995 and has not been reauthorized. The lack of reauthorization has been slowly starving the program for funds for cleanups not paid for by potentially responsible parties."

112 J.S. Aplegate, J.G. Laitos en C. Campbell-Mohn, *The Regulation of Toxic Substances and Hazardous Wastes*, New York: Foundation Press, 2000, merken daarover op (p. 875-876): "But has Superfund been a success? When Congress succeeded in passing the only major amendments to CERCLA in 1986, the Superfund Amendments and Reauthorization Act (SARA), the size of Superfund was expanded to \$ 8.5 billion. Most of this was to be raised by a so-called "Superfund tax" on certain industries (e.g., petroleum and chemical) whose products were judged to create most of the clean-up problem. At the end of 1995, Congress failed to reach agreement on CERCLA reauthorization, and the Superfund tax expired. Between 1996 and 2000, Congress continued to consider CERCLA reauthorization bills, but was unable to achieve consensus. CERCLA remains a statute in need of authorization. The EPA's efforts under CERCLA, as well as the Superfund, have been able to continue only because of a continuing resolution originally enacted in 1996. Technically, the Superfund has always been something of an accounting charade; however, since the Superfund tax expired, the EPA's CERCLA operations have been funded at only 75 percent of prior levels, curtailing clean-up activities at hundreds of NPL sites and forcing a dramatic reduction in remediation activities."

113 Dit kwam naar voren tijdens de interviews gehouden met D. Farer op 19 oktober 2006 in Westfield, New Jersey (Verenigde Staten) en A. Havinga-Smilde op 22 augustus 2006 in Den Haag.

Daarnaast zijn er in Amerika saneringsfondsen in het leven geroepen op statelijk niveau. In de Amerikaanse staat New Jersey bijvoorbeeld, is een statelijk fonds opgericht, het Hazardous Discharge Site Remediation Fund, dat wordt beheerd door de New Jersey Economic Development Authority, zie N.J. Stat. Ann. Par. 58:10B-4 – 11. Dit fonds wordt via diverse financiële injecties door de staat New Jersey en private partijen in stand gehouden ten behoeve van het financieren van saneringsactiviteiten.<sup>114</sup>

### *Verzekering*

Het inmiddels ingetrokken Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 noemt als vorm van financiële zekerheidstelling de verzekering.<sup>115</sup> De andere hierboven vermelde regelingen maken geen melding van verzekering als financiële zekerheidstelling, maar in die regelingen zal de verzekering wel kunnen vallen onder “een andere, naar het oordeel van het desbetreffende bevoegd gezag, gelijkwaardige voorziening”.<sup>116</sup> Ook hier geldt dat, net als bij het instellen van een fonds, de verzekeringsovereenkomst (eventueel) mede kan worden aangegaan ten behoeve van schadelijgende derden. In geval van verzekering ten behoeve van financiële zekerheidstelling zijn de verzekeringsvoorwaarden van groot belang. Indien voorwaarden bepaalde omstandigheden uitsluiten van verzekering, loopt het bevoegd gezag het risico alsnog zélf de kosten te moeten betalen in geval van faillissement van de vergunninghouder/drijver van de inrichting. Daarnaast kan als nadeel van de verzekering worden genoemd dat deze nogal duur kan zijn, zeker indien de verzekering niet erg vaak wordt afgesloten in de desbetreffende branche of het verzekerde een grote onzekerheidsfactor heeft.

### *Andere vormen van financiële zekerheidstelling?*

Zoals gezegd geven de beschreven regelingen ook steeds de ruimte aan andere voorzieningen ten behoeve van financiële zekerheidstelling. Met name het Besluit financiële zekerheid milieubeheer geeft al veel mogelijkheden, die hierboven zijn besproken. Aan welke vormen van financiële zekerheidstelling, hiervoor niet genoemd, valt nog meer te denken?

---

114 Zie art. N.J. Stat. Ann. Par. 58:10B-4b: “The remediation fund shall be credited with: (1) moneys as are appropriated by the Legislature; (2) moneys deposited into the fund as repayment of principal and interest on outstanding loans made from the fund; (3) any return on investment of moneys deposited in the fund; (4) remediation funding source surcharges imposed pursuant to section (...) 58:10B-11; (5) moneys deposited in the fund as repayment of recoverable grants made by the New Jersey Redevelopment Authority for brownfield redevelopment; (6) moneys deposited into the fund from cost recovery subrogation actions; and (7) moneys made available to the authority for the purposes of the fund.” Artikel 58:10B-11 ziet op de al in hoofdstuk 4 genoemde ‘surcharge’ van 1%: “a. There is imposed upon every person who is required to establish a remediation funding source pursuant to (...) 58:10B-3 a remediation funding source surcharge. The remediation funding source surcharge shall be in an amount equal to 1% of the required amount of the remediation funding source required by the department to be maintained.”

115 Zie over de uitleg van een verzekeringspolis in verband met een aansprakelijkheidsverzekering en milieuschade HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 690.

116 Art. 5 lid 2 onder d Besluit financiële zekerheid milieubeheer, artikel 38 lid 1 onder c Besluit financiële bepalingen bodemsanering en artikel 12 lid 2 Besluit houdende regels inzake het storten van afvalstoffen.



Het bevoegd gezag kan verlangen dat de drijver van de inrichting een bepaald geldbedrag ten gunste van het bevoegd gezag op een bankrekening stort. Deze situatie lijkt erg op die van het instellen van een specifiek fonds. In tegenstelling tot het oprichten van een fonds, kan het storten van geld op een rekening van het bevoegd gezag op individuele basis plaatsvinden, iets dat bij een fonds minder goed voorstelbaar is. Het geldbedrag wordt dan alleen aangewend indien er sprake is van een overtreding door de drijver van de inrichting. Er is geen sprake van een algemene omslag zoals dat bij fondsvorming wel het geval is. Nadeel van deze wijze van financiële zekerheidstelling is dat er vóóraf – wellicht overbodig – geld wordt onttrokken aan de bedrijfsvoering van de drijver van de inrichting. Bij andere vormen van financiële zekerheidstelling (pandrecht, borgtocht en bankgarantie) wordt er niet direct geld onttrokken aan de bedrijfsvoering, maar worden er alleen zakelijke zekerheidsrechten bedongen. Deze zakelijke zekerheidsrechten beperken de kredietruimte van de drijver van de inrichting/onderneming trouwens wel.

Een andere mogelijkheid is het contractueel bedingen van garanties. ‘Garanderen’ is een breed en niet in de wet gedefinieerd begrip, waaronder ook valt het garanderen dat bepaalde kosten zullen worden betaald. Een derde – bijvoorbeeld een moeder- of zustermaatschappij – kan contractueel garanderen dat een bepaalde vennootschap/drijver van de inrichting haar verplichtingen voortvloeiende uit de milieu(vergunnings)voorschriften nakomt en zo niet, dat de garant op haar beurt instaat voor de mogelijke niet-nakoming. Echter, ondanks de bewoordingen van een dergelijke garantie-overeenkomst, zal deze overeenkomst toch meestal inhoudelijk als een borgtochtovereenkomst kunnen worden aangemerkt. Een borgtochtovereenkomst is immers een “overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, zich tegenover de andere partij, de schuldeiser, verbindt tot nakoming van een verbintenis, die een derde, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen”.<sup>117</sup>

#### *Financiële zekerheidstelling in de praktijk?*

Uit een onderzoek uitgevoerd in het kader van de Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM)<sup>118</sup> blijkt dat financiële zekerheidstelling via art. 8.15 Wm (nog) niet structureel plaatsvindt. Vaak wordt financiële zekerheidstelling niet nodig geacht door het bevoegd gezag. Het Besluit financiële zekerheid milieubeheer heeft volgens dit onderzoek vooral een vangnetfunctie, en wordt als instrument nog niet optimaal gebruikt. De onderzoekers concluderen het volgende:

---

<sup>117</sup> Art. 7:850 lid 1 BW.

<sup>118</sup> M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003-2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2.

“Het huidige Befize [Besluit financiële zekerheid milieubeheer, RM], met als basis artikel 8.15 Wm, is vooral als vangnet bedoeld om te voorkomen dat de overheid de kosten van het opruimen van milieuschade moet dragen in het geval dat veroorzaker deze kosten niet kan of zal betalen. De vergunningverlenende gezagen lijken een tamelijk vrije bevoegdheid te hebben om tot het opleggen van een financiële zekerheid over te gaan. De in Befize opgenomen criteria voor de besluitvorming zullen bij de beslissing moeten worden betrokken, maar de afweging of een financiële zekerheid wordt verlangd is door de rechter tot dusver marginaal getoetst. Inmiddels is er een interimbeleidslijn ontwikkeld door de provinciale overheden. De inhoud van dit beleid, waarbij in vergelijking met Befize een hoger drempelbedrag wordt gesteld, versterkt het beeld van Befize als vangnet.

In de gemeentelijke praktijk wordt Befize echter überhaupt niet zinvol geacht. Overigens is hier een risico dat vergunningsbesluiten van gemeentelijke bestuursorganen zouden stranden bij de rechter, met name indien expliciet het argument zou worden gehanteerd dat er geen capaciteit zou zijn voor de uitvoering van Befize. Het is natuurlijk zo dat bij een beslissing om geen financiële zekerheid op te leggen de in Befize gegeven criteria betrokken moeten worden. In deze lijn zou het aanbeveling verdienen om ook voor de gemeentelijke praktijk een geschikt beleid te ontwikkelen (...).<sup>119</sup>

De onderzoekers geven als aanbeveling het Besluit financiële zekerheid milieubeheer (voorlopig) te handhaven vanwege de vangnetfunctie van dit Besluit:

“Samengevat kan gesteld worden dat ook na inwerkingtreding van Befize het nut van en dienengevolge ook de toepassing van Befize omstreden is. Indien inderdaad het standpunt juist is dat het publiekrechtelijke regime van vergunningverlening en handhaving dusdanig sterk ontwikkeld is dat er een sterke preventie is zodat ernstige milieuschadegevallen nauwelijks optreden, dan lijkt er weinig reden te zijn voor het voorschrijven in een vergunning van een financiële zekerheid. Wel zou voor afwijkende, mogelijk risicovolle situaties (waarvoor toch vergunningverlening kan worden verleend), de verplichting tot het stellen van financiële zekerheid als een vangnet kunnen worden gebruikt. Het afschaffen van Befize zou als nadeel hebben dat dit vangnet niet meer kan worden gebruikt. (...) Er zijn theoretische argumenten voor het hanteren van het instrument van financiële zekerheid. Indien echter de kracht van het vergunnings- en handavingsregime zo groot is dat er nauwelijks schadegevallen optreden, lijkt er sprake te zijn van een dubbele benadering van de bedrijven. Dat rechtvaardigt vervolgens de gedachte dat Befize in uitzonderingsgevallen zou moeten worden toegepast, bijvoorbeeld bij duidelijke twijfel over de solvabiliteit van een bedrijf. Befize fungeert dan dus als vangnet.”<sup>120</sup>

119 M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003-2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2, p. 70.

120 M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003-2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2, p. 64-65.

Volgens de onderzoekers is het van belang dat het bevoegd gezag dat al dan niet financiële zekerheidstelling van een vergunninghouder verlangt, motiveert waarom zij deze financiële zekerheidstelling al dan niet verlangt.<sup>121</sup>

#### 9.4.4 *Amerikaans faillissementsrecht en specifieke milieu gerelateerde zekerheidsrechten (environmental (super)liens) in de Verenigde Staten*

##### *Inleiding*

In het kader van het onderzoek naar de zogenaamde transfer triggered environmental acts zoals toepasselijk in enkele staten binnen de Verenigde Staten (zie de hoofdstukken 4 en 5), is ook onderzoek verricht naar de problematiek die in dit hoofdstuk centraal staat.

Een bijzonder aspect van Amerikaanse wetgeving op dit vlak is de aanwezigheid van bepaalde wettelijke voorrechten/zekerheidsrechten ten gunste van de kostenverhaal zoekende sanerende overheid: de zogenaamde ‘*environmental liens*’<sup>122</sup> of ‘*environmental superliens*’. Voordat verder wordt ingegaan op deze ‘superliens’, worden eerst in kort bestek enige hoofdlijnen van het Amerikaanse faillissementsrecht weergegeven.

##### *Enige hoofdlijnen van het federale Amerikaanse faillissementsrecht en de rol van de trustee in bankruptcy*

Het Amerikaanse faillissementsrecht is federaal recht, en is vastgelegd in de federale Bankruptcy Code.<sup>123</sup> De bevoegdheid om regels met betrekking tot faillisse-

121 M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003-2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2, p. 65: “In de eerste plaats zijn er provincies die het (tot zekere hoogte) wel zinvol vinden om een financiële zekerheidsplicht op te leggen. De vraag die hier rijst is of het niet juist aantrekkelijk is om de afweging tot het opleggen van een zekerheidsplicht over te laten aan de afwegingen die op decentraal (provinciaal en gemeentelijk niveau) worden gemaakt. De constructie van Befize als vangnet leidt tot de noodzaak voor het bestuur om in voorkomende gevallen te motiveren waarom een financiële zekerheid al dan niet wordt opgelegd. Op dit punt zullen uiteraard verschillen van mening ontstaan met vooral vergunningaanvragers, die de last van een financiële zekerheid liever niet opgelegd willen krijgen, met name indien de financiële zekerheid moeilijk of slechts tegen relatief hoge kosten te verkrijgen is op de markt. In dit licht kan een beleidsregel de afwegingsplicht en motiveringsplicht minder zwaar maken, zij het dat dan de vraag ontstaat of een beleidsregel inhoudelijk niet disproportioneel zou zijn, door wellicht een te ruime toepassing te geven aan de bevoegdheid.”

122 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 3: “A ‘lien’ is a charge on the debtor’s property that must be satisfied before the property or its proceeds is available for satisfaction of the claims of general creditors. A lien thus affects not only the lienor and the debtor but other creditors as well, because it withdraws some of the debtor’s resources that would otherwise be available for distribution to other creditors. (...) A lien may be created by agreement, common law, statute, or judicial proceeding.” Zie ook Bryan A. Garner (Ed. in chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eighth Edition, 2004: “Lien: A legal right or interest that a creditor has in another’s property, lasting usually until a debt or duty that it secures is satisfied. Typically, the creditor does not take possession of the property on which the lien has been obtained.”

123 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 6-7 en J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-5.

ment op te stellen komt de federale overheid toe op grond van de Amerikaanse Grondwet.<sup>124</sup> Het gaat te ver om hier in detail in te gaan op het Amerikaanse faillissementsrecht. Er zijn echter een aantal interessante aspecten van het Amerikaanse faillissementsrecht die hier kort de revue zullen passeren.

Van belang voor dit onderwerp is dat een trustee in bepaalde omstandigheden, met name in geval van een 'echt' faillissement waarbij het vermogen van de gefailleerde wordt vereffend (een zogenaamd 'Chapter 7' faillissement),<sup>125</sup> een functie heeft die vergelijkbaar is met die van een faillissementscurator in Nederland.<sup>126</sup> Een Amerikaanse trustee in bankruptcy kan, net als een Nederlandse faillissementscurator, een onderneming voorheen gedreven door de gefailleerde tijdelijk voortzetten, om op die manier óf een zogenaamde doorstart van de onderneming te bewerkstelligen ('Chapter 11' of 'Chapter 13' situaties), óf om bepaalde verplichtingen van de gefailleerde na te komen en het vermogen van de gefailleerde na enige tijd alsnog te vereffenen ('Chapter 7' faillissement).

#### *Official Form 7, Statement of Financial Affairs*

De Amerikaanse Bankruptcy Code geeft, evenals de huidige Nederlandse Faillissementswet, geen specifieke aandacht aan milieurechtelijke aspecten.<sup>127</sup> Echter, in de *Federal Rules of Bankruptcy Procedure and the Official Bankruptcy Forms*, die toepasselijk zijn op alle gevallen van faillissement,<sup>128</sup> zijn wel twee officiële formulieren opgenomen die betrekking hebben op milieuaspecten. De belangrijkste daarvan is het *Official Form 7, de Statement of Financial Affairs*,<sup>129</sup> die iedere schuldenaar verplicht binnen 15 dagen ná de aanvraag van het faillissement moet invullen. Hoewel een schuldenaar uiteraard bewust informatie kan achterhouden of niet op de hoogte kan zijn van bepaalde omstandigheden, zoals aanwezige bodemverontreiniging, kan het verplicht invullen van een dergelijk formulier verhelderend werken, en de overheid helpen om bepaalde maatregelen te treffen.

124 U.S. Constitution, Article 1, Section 8, Clause 4: "The Congress shall have the power (...) To establish (...) uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States."

125 Een Chapter 7 bankruptcy ziet op de situatie waarin de boedel van de gefailleerde wordt geliquideerd. Chapter 11 en Chapter 13 'bankruptcies' betreffen eigenlijk geen faillissementen, maar reorganisaties. Zie D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 124-126.

126 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 129-130: "The duties of a bankruptcy trustee in a Chapter 7 case include: 1. Collecting the "property of the estate," i.e., debtor's property as of the time of the filing of the bankruptcy petition 2. challenging certain pre-bankruptcy and post-bankruptcy transfers of the property of the estate 3. selling the property of the estate 4. objecting to creditor's claims that are improper 5. in appropriate cases, objecting to the debtor's discharge (...)."

127 J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-6: "In 2005, Congress enacted the most sweeping amendments to date to the Bankruptcy Code, in the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (...). But while the amendments were extensive, none addressed environmental issues, and none are likely to have much of an effect on the interface between environmental law and bankruptcy." Zie ook p. 10-7 van deze *Environmental Law Practice Guide*.

128 Zie A.N. Resnick en H.J. Sommer (eds.), *Collier Pamphlet Edition Bankruptcy Rules*, Part 2, LexisNexis, 2006, p. F-64.

129 Zie A.N. Resnick en H.J. Sommer (eds.), *Collier Pamphlet Edition Bankruptcy Rules*, Part 2, LexisNexis, 2006, p. F-54 – F-67.

Het betreft met andere woorden een standaard verplichting van de gefailleerde tot het openbaar maken van bepaalde informatie:

“Form 7 Statement of Financial Affairs

(...)

17. Environmental Information.

For the purpose of this question, the following definitions apply:

“Environmental Law” means any federal, state, or local statute or regulation regulating pollution, contamination, releases of hazardous or toxic substances, wastes or material into the air, land, soil, surface water, groundwater, or other medium, including, but not limited to, statutes or regulations regulating the cleanup of these substances, wastes, or material.

“Site” means any location, facility, or property as defined under any Environmental Law, whether or not presently or formerly owned or operated by the debtor, including, but not limited to, disposal sites.

“Hazardous Material” means anything defined as a hazardous waste, hazardous substance, toxic substance, hazardous material, pollutant, or contaminant or similar term under an Environmental Law.

- a. List the name and address of every site for which the debtor has received notice in writing by a governmental unit that it may be liable or potentially liable under or in violation of an Environmental Law. Indicate the governmental unit, the date of the notice, and, if known, the Environmental Law. (...)
- b. List the name and address of every site for which the debtor provided notice to a governmental unit of a release of Hazardous Material. Indicate the governmental unit to which the notice was sent and the date of the notice. (...)
- c. List all judicial or administrative proceedings, including settlements or orders, under any Environmental Law with respect to which the debtor is or was a party. Indicate the name and address of the governmental unit that is or was a party to the proceeding, and the docket number.”

*J. Gross* merkt het volgende over deze regeling op:

“Form 7 lists several matters about which a debtor needs to provide information (...). The environmental disclosure provisions of Form 7, which have been in effect since 2001, now obligate anyone filing for bankruptcy to make fairly broad disclosure about environmental matters. The information provided will certainly prove useful to the government and to other environmental creditors in understanding the extent of the environmental issues that may arise during the bankruptcy. In view of the environmental disclosure requirements, a business with significant environmental concerns which is considering the filing for bankruptcy needs to give careful consideration to the ramifications of such a bankruptcy filing. While the bankruptcy would have potential for discharging at least some environmental claims, it also can bring increased governmental attention to the debtor’s environmental problems, more attention than the debtor might receive if it did not file for bankruptcy.”<sup>130</sup>

<sup>130</sup> J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-15.

Indien een Form 7 niet naar waarheid wordt ingevuld door de gefailleerde, loopt de gefailleerde het risico daarvoor te worden gestraft.<sup>131</sup> Deze openbaarmakingsplicht in geval van een faillissementssituatie kan, zoals *Gross* terecht opmerkt, van waarde zijn voor bepaalde schuldeisers, zoals het bevoegd gezag, maar ook voor derden die schade hebben geleden. Tevens is de openbaarmakingsplicht van belang voor de curator en de rechter die zijn belast met de afhandeling van het faillissement. Zij zijn dan in elk geval al in een vroeg stadium bekend met de mogelijke milieuproblemen vallende in de faillissementsboedel. De gefailleerde zal daarnaast, wat betreft de documentatie zoals opgenomen in het hierboven vermelde Form 7, niet veel belang hebben om deze informatie achter te houden. Dat kan anders liggen indien de openbaarmakingsplicht verder reikt dan weergegeven in Form 7, bijvoorbeeld ten aanzien van vervuiling waarvan de gefailleerde kennis heeft, maar die nog niet openbaar is gemaakt, of indien het slechts vermoedens betreffen. Dan kan de gefailleerde immers een belang hebben bij het achterhouden van die specifieke kennis. Bijvoorbeeld omdat hij, ondanks het faillissement, toch niet nóg meer schulden wil maken, dan wel omdat de bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon bang is voor mogelijke persoonlijke aansprakelijkstelling.

Een vergelijkbare verplichting zou naar mijn mening in de toekomst ook in Nederland aan een Nederlandse gefailleerde kunnen worden opgelegd. Invoering van een dergelijke plicht in Nederland voor de (bestuurder van de) gefailleerde vereist geen ingrijpende wetswijziging. Het betreft immers alleen een vereiste van het inzichtelijk of openbaar maken van milieuproblemen van de gefailleerde jegens de overheid in het bijzonder en de schuldeisers van de gefailleerde in het algemeen. De verplichting tot openbaarmaking door de schuldeiser kan in Nederland bijvoorbeeld in besluit worden opgenomen.

### *Claims*

Indien de trustee het bedrijf van de gefailleerde voortzet, meestal in een 'Chapter 11' situatie waarbij sprake is van een reorganisatie van het bedrijf, dient hij te handelen conform de toepasselijke (milieu)wetgeving, waaraan ook de gefailleerde zich moest houden toen hij nog niet failliet was.<sup>132</sup> Het bevoegd gezag kan over-

131 Form 7 meldt bij de ondertekening van het formulier door de schuldenaar het volgende: "I declare under penalty of perjury that I have read the answers contained in the foregoing statement of financial affairs and any attachments thereto and that they are true and correct". Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "Perjury: The act or an instance of a person's deliberately making material false or misleading statements while under oath."

132 Zie Title 28 U.S.C., Part III Court Officers and Employees, Chapter 57 *General provisions applicable to court officers and employees*, par. 959 (b), *Trustees and receivers suable; management; State laws*: "Except as provided in section 1166 of title 11, a trustee, receiver or manager appointed in any cause pending in any court of the United States, including a debtor in possession, shall manage and operate the property in his possession as such trustee, receiver or manager according to the requirements of the valid laws of the State in which such property is situated, in the same manner that the owner or possessor thereof would be bound to do if in possession thereof." Tekstcitaat uit: W.L. Norton Jr., *Norton Bankruptcy Law and Practice 2d*, Thomson West, Edition 2004-2005, p. 1331. Onder 'the valid laws of the State' verstaan de Amerikaanse rechtbanken ook →

tredingen van milieuregels gedurende het faillissement tegengaan, en er kunnen van overheidswege boetes worden opgelegd.<sup>133</sup>

Van belang is tevens de vraag of er sprake is van een claim van de overheid. Een claim is kort gezegd een right of payment.<sup>134</sup> Kostenverhaal door de overheid na sanering is duidelijk een claim in voormelde zin.<sup>135</sup> Claims zijn dischargeable<sup>136</sup> in geval van faillissement, hetgeen betekent dat de schuldenaar niet meer persoonlijk aansprakelijk is voor de desbetreffende claim.<sup>137</sup> Een saneringsbevel (cleanup order) wordt, behalve indien het bevoegd gezag het bevel gebruikt om geld te vorderen, vaak niet als een claim aangemerkt.<sup>138</sup> Dus indien er een verplichting bestaat die niet betrekking heeft op een op geld waardeerbare claim, bijvoorbeeld het voldoen aan bepaalde wetgeving ten behoeve van de volksgezondheid en het milieu, kan deze verplichting niet vervallen – is de verplichting met andere woorden non-dischargeable – vanwege het faillissement.<sup>139</sup> Ook boetes die geen betrekking hebben op vergoeding van bepaalde schade komen niet in aanmerking voor een discharge.<sup>140</sup>

---

het toepasselijke federale recht, zie K.R. Heidt, *Environmental Obligations in Bankruptcy*, Thomson/West, 2006, p. 8-79. Zie over de rol van de trustee ook J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-17.

133 J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-17 en p. 10-18.

134 D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville: Lexis Law Publishing, Seventh Edition, 1998, Volume 5, p. 477-481, E. Warren en J.L. Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors*, Gaithersburg/New York: Aspen Law & Business, Fourth Edition, 2001, p. 756-770 en D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 292-294.

135 J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-26. Zie ook p. 10-34 waar Gross opmerkt: "Monetary obligations are claims. Regulatory compliance obligations are not 'claims.' Cleanup obligations may or may not be 'claims' and will require a case-by-case analysis."

136 Zie ook Bryan A. Garner (Ed. in chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "discharge in bankruptcy: 1. The release of a debtor from personal liability for prebankruptcy debts."

137 D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 276: "A bankruptcy discharge simply relieves the debtor from any further personal liability for the debts covered by the discharge." Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: "discharge in bankruptcy: (...) The release of a debtor from personal liability for prebankruptcy debts (...)."

138 J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-27 zegt daarover: "In general, the more it appears that the government is only seeking money, the greater the likelihood of the obligation being declared a claim. But if the government is successful in distancing the cleanup order from any cost recovery authority that it has, it is less likely that the obligation will be considered a claim."

139 In New Jersey's ISRA is een aparte bepaling met betrekking tot faillissementssituaties opgenomen. N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12 (Obligations imposed by act not affected by bankruptcy proceedings and constitute continuing regulatory obligations imposed by state): "No obligations imposed by this act shall constitute a lien or claim which may be limited or discharged in a bankruptcy proceeding. All obligations imposed by this act shall constitute continuing regulatory obligations imposed by the State."

140 J. Gross, 'Bankruptcy', in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-34: "Under section 523(a)(7) [van de Bankruptcy Code, RM], obligations to the government that are not compensation for actual pecuniary loss are not dischargeable. A civil penalty under the Clean Water Act was not dischargeable."

Eigenlijk is de situatie in Nederland ingevolge de Nederlandse jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak vergelijkbaar: milieurechtelijke verplichtingen (objectieve rechtsplichten) richten zich na het moment van faillietverklaring niet meer tot de gefailleerde, maar tot de faillissementsboedel. De curator q.q. is dan gehouden tot naleving van deze milieurechtelijke verplichtingen die zich tot de faillissementsboedel richten, aangezien hij het in zijn macht heeft om overtredingen te beëindigen en de geldende milieuregels na te leven (zie par. 9.3.2).

Anders dan in Nederland, kan in de Verenigde Staten het kostenverhaal voortvloeiende uit een van overheidswege uitgevoerde bodemsanering onder omstandigheden wél een hoge voorrang hebben bij de vereffening van de faillissementsboedel. Het gaat dan om saneringskosten gemaakt door de overheid ná de faillietverklaring. Deze kosten zijn niet dischargeable, indien er van uit wordt gegaan dat de sanerende overheid een wettelijke plicht op zich neemt die eigenlijk op de faillissementsboedel rust. Deze kosten worden aangeduid als administrative expenses priority.<sup>141</sup> J. Gross merkt daarover het volgende op:

“Another issue arises with regard to environmental claims is whether the cleanup of contamination should be treated as a cost of administering the bankruptcy case and given high priority in payment. If the obligation to clean up or pay for cleanup of the contamination arose before the bankruptcy petition was filed, it would be treated the same as other claims – that is, it would be treated as an unsecured claim. In order to qualify as an administrative expense, an obligation has to represent “the actual, necessary costs and expenses of preserving the estate.” Thus, expenses incurred by the debtor prior to filing a bankruptcy case generally cannot be considered administrative expenses. In the situation, though, where the government or a third-party cleans up property owned by the bankruptcy estate, and that cleanup takes place during the bankruptcy, most courts have afforded the cleanup administrative expense priority. The theory is that the estate as the owner of the property is obliged to comply with applicable law and clean it up. Thus, if the government fulfills that obligation, it is entitled to administrative expense priority. (...) Not all courts have agreed with this view, and some have denied administrative priority for a cleanup of conditions that existed pre-bankruptcy. These courts – which definitely represent a minority view – have tended to view the cleanup claim as pre-bankruptcy entitled to no priority if the contamination existed prior to the filing of a petition in bankruptcy.”<sup>142</sup>

De vraag is daarnaast of sanering wellicht valt onder ‘kosten tot behoud’ zodat de saneringskosten ten laste kunnen worden gebracht van de desbetreffende bevoorrechte schuldeiser(s), zoals een hypotheekhouder (section 506(c) Bankruptcy

141 D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville: Lexis Law Publishing, Seventh Edition, 1998, Volume 5, p. 483: “Courts have relied upon the *Midlantic* decision, to the effect that health and safety considerations bar abandonment, then the trustee or debtor in possession may not maintain the assets in a polluted state so expense of administration status is proper.”

142 J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-19 en p. 10-30.



Code).<sup>143</sup> Het specifieke voordeel van de bevoorrechte schuldeiser(s) vanwege de saneringswerkzaamheden is echter vaak moeilijk aantoonbaar.<sup>144</sup> Overigens kunnen alleen de trustee of, indien toepasselijk, de schuldenaar (debtor-in-possession) de bevoegdheid zoals opgenomen in section 506(c) Bankruptcy Code uitoefenen.<sup>145</sup>

In het verlengde van dit probleem ligt de uitspraak inzake *Midlantic* van het U.S. Supreme Court.<sup>146</sup> In die uitspraak werd bepaald dat een trustee geen afstand kon doen van een vervuild terrein grond, waarbij sprake was van onmiddellijk gevaar voor de gezondheid en veiligheid.<sup>147</sup> Het afstand doen van recht is onder omstandigheden wel mogelijk, maar in elk geval niet in geval van een “imminent danger to health and safety”.<sup>148</sup>

#### *Persoonlijke aansprakelijkheid van de bankruptcy trustee in de Verenigde Staten?*

In Nederland zal er alleen in uitzonderlijke situaties sprake kunnen zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator als drijver van de inrichting en als overtreder. Dat is in de Verenigde Staten niet anders wat betreft de aansprakelijkstelling van de trustee in bankruptcy. De federale overheid heeft nog nooit succesvol een dergelijke claim ingesteld tegen een trustee persoonlijk,<sup>149</sup> en statelijke autoriteiten hebben alleen onder zeer uitzonderlijke omstandigheden met succes

<sup>143</sup> Section 506(c) van de Amerikaanse Bankruptcy Code bepaalt: “The trustee may recover from property securing an allowed secured claim the reasonable, necessary costs and expenses of preserving, or disposing of, such property to the extent of any benefit to the holder of such claim, including the payment of all ad valorem property taxes with respect to the property.”

<sup>144</sup> J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-31: “This provision, however, does not allow a trustee to write a “blank check” against a secured creditor’s collateral. Instead, it requires that the cost or expense be both “reasonable and necessary” and “a benefit” to the secured creditor’s specific collateral. It can be very different to show that a secured creditor received a “benefit” if the value of its collateral is not enhanced after cleanup. In addition, in order to qualify as an administrative expense, the “benefit” must specifically affect the collateral from which payment is sought; it is not sufficient for the cleanup to merely benefit all the secured creditors’ collateral generally.”

<sup>145</sup> J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-31.

<sup>146</sup> 474 U.S. 494, 106 S. Ct. 755, 88 L. Ed. 2d 859, 13 B.C.D. 1262 (1986) (*Midlantic Nat’l Bank v. New Jersey Dep’t of Env’tl. Protection*).

<sup>147</sup> D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville: Lexis Law Publishing, Seventh Edition, 1998, Volume 5, p. 488: “The Supreme Court in a 5 – 4 decision denied the trustee permission to abandon clearly burdensome property. Imminent danger to health and safety were involved and it is possible to read the majority opinion as confined to the situation where that is the case.”

<sup>148</sup> D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville: Lexis Law Publishing, Seventh Edition, 1998, Volume 5, p. 488: “Abandonment has been approved where after the authorities spent substantial sums to clean up the property to the point at which there was no longer a great danger to the public, further money needed to be spent, the estate had no unencumbered assets, and substantial efforts to sell had been unavailing. The property was abandoned to the environmental agencies.” Zie ook A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlands vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 158-160.

<sup>149</sup> A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 276: “Not suprisingly, trustees in their capacity as guardians of bankrupt estates have been sued for cleanup costs under CERCLA. In these instances, the courts have found that the bankrupt estates and not the trustees themselves are liable for the cleanup costs.”

geprobeerd de trustee aansprakelijk te stellen voor milieurechtelijke verplichtingen.<sup>150</sup> Het ging daarbij wel, evenals het geval is in Nederland, om uitzonderingsgevallen waarin de trustee “willful, intentional or negligent” statelijke milieuwet-ten en milieuregels had overtreden tijdens zijn “operation of the facility”.<sup>151</sup>

Daarnaast is in de Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act (CERCLA) sinds 1996 een bepaling opgenomen die bepaalt dat fiduciaries,<sup>152</sup> waaronder bankruptcy trustees, alleen aansprakelijk zijn tot de waarde van de omvang van de faillissementsboedel, tenzij hun gedrag als negli-gent – verwijtbaar nalatig – is te bestempelen.<sup>153</sup> Zie 42 U.S.C. par. 9607(n) (CER-CLA):

“(n) Liabilities of fiduciaries

(1) In general

The liability of a fiduciary under any provision of this chapter for the release or threatened rele-ase of a hazardous substance at, from, or in connection with a vessel or facility held in a fidu-ciary capacity shall not exceed the assets held in the fiduciary capacity.

(2) Exclusion

Paragraph (1) does not apply to the extent that a person is liable under this chapter independently of the person’s ownership of a vessel or facility as a fiduciary or actions taken in a fiduciary capacity.

(3) Limitation

Paragraphs (1) and (4) do not limit the liability pertaining to a release or threatened release of a hazardous substance if negligence of a fiduciary causes or contributes to the release or threate-ned release.

(...)

150 K.R. Heidt, *Environmental Obligations in Bankruptcy*, Thomson/West, 2006, p. 146, J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-42 en M.B. Gerrard en J.M. Gross, *Amending CERCLA, The Post-SARA Amendments to the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, p. 17-18.

151 A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 276: “Note also that under certain state environmental laws, bankruptcy trustees have been found personally liable for infractions occurring during the time that they were liquidating assets. For instance, in *Wisconsin v. Better Brite Plating, Inc.*, a trustee involved in liquidating a bankrupt corporation’s assets had allowed the accu-mulation of wastes, in violation of the environmental laws. The trustee argued that his role did not include a strict observance of state hazardous waste laws. The court held that trustees may be held personally liable for willful, intentional or negligent violations of the state’s laws and regulations occurring during their operation of facilities. This ruling might be extended to impose CERCLA liability on bankruptcy trustees for disposal occurring during the time that they were liquidating assets.”

152 De term “fiduciary” is in CERCLA gedefinieerd. De meer algemene omschrijving van een fiduciary naar Amerikaans recht is te vinden in: Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: “fiduciary, 1. A person who is required to act for the benefit of another person on all mat-ters within the scope of their relationship; one who owes to another the duties of good faith, trust, confidence, and candor.”

153 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004: “negligence, 1. The failure to exercise the standard of care that a reasonably prudent person would have exercised in a similar situation; any conduct that falls below the legal standard established to protect others against unreasonable risk of harm, except for conduct that is intentionally, wantonly, or willfully disregarding of others’ rights. The term denotes culpable carelessness. The Roman-law equivalents are *culpa* and *neglegentia*, as contrasted with *dolus* (wrongful intention) (...).”

## (5) Definitions

As used in this chapter:

## (A) Fiduciary

The term “fiduciary” –

(i) means a person acting for the benefit of another party as a bona fide -

(...)

(X) trustee (including a successor to a trustee) under an indenture agreement, trust agreement, lease, or similar financial agreement, for debt securities, certificates of interest or certificates of participation in debt securities, or other forms of indebtedness as to which the trustee is not, in the capacity of trustee, the lender (...).”

Kortom, ook onder CERCLA wordt alleen de faillissementsboedel gebonden door de handelingen of nalatigheden van de trustee, en niet de trustee persoonlijk. De trustee is slechts onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk voor zijn handelingen of nalatigheden, namelijk indien zijn gedag als negligent (verwijtbaar nalatig) is aan te duiden. *Gross* geeft bankruptcy trustees nog de volgende algemene tip mee: “A potential bankruptcy trustee still concerned about residual risk of personal environmental liability could either seek assurance from the government that such claims will not be asserted, or could purchase insurance to cover such risks.”<sup>154</sup>

*Superliens (wettelijke ‘super’ voorrechten)*

Tot zover een kort overzicht van enkele milieurechtelijke aspecten in verband met een faillissementssituatie, en de rol van de bankruptcy trustee naar Amerikaans (federaal) recht. Dan nu aandacht voor de al eerder genoemde zogenaamde (super)liens. Liens geven het bevoegd gezag dat kosten heeft gemaakt met betrekking tot bijvoorbeeld bodemsanering of het verwijderen en verwerken van afval, een wettelijk voorrecht. Superliens verschaffen het bevoegd gezag zelfs hoge voorrang bij kostenverhaal. *Black’s Law Dictionary*<sup>155</sup> geeft de volgende omschrijving van een superlien:

“A government’s lien that is imposed on a property whose condition violates environmental and public-health and public-safety rules and that has priority over all other liens, so that the government can recover public funds spent on cleanup operations. A statutory lien is superior to all existing liens and all later-filed liens on the same property. Superliens are sometimes granted to a state’s environmental-protection agency. Several states – including Arkansas, Connecticut, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, and Tennessee – have enacted statutes creating superliens on property owned by a party responsible for environmental cleanup.”

154 J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-42 en p. 10-43.

155 Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004.

Veel statelijke en federale milieuwetten voorzien in het creëren van gewone – dat wil zeggen non-priority – liens wat betreft de mogelijkheid van kostenverhaal door de sanerende overheid. Deze non-priority liens hebben geen voorrang boven andere en oudere voorrechten.<sup>156</sup> Op federaal niveau voorziet CERCLA in een non-priority lien, zie 42 U.S.C. par. 9607(l) en 42 U.S.C. par. 9607(r).<sup>157</sup> In geval van faillissement betekent dat bijvoorbeeld dat een andere schuldeiser met een ouder recht voorrang heeft boven de overheid als schuldeiser.

Superliens hebben daarentegen een zeer hoge mate van voorrang. Zij hebben ook voorrang boven andere voorrechten van andere schuldeisers, zelfs indien deze andere voorrechten reeds bestonden vóór het moment dat de superlien wordt gevestigd.<sup>158</sup> Daarmee onderscheiden zij zich van gewone voorrechten (liens). Enkele staten binnen de Verenigde Staten hebben een dergelijke environmental superlien in hun statelijke wetgeving opgenomen.<sup>159</sup> Hieronder wordt een aantal van deze environmental superliens besproken.

De staat *New Jersey* heeft ook wat betreft superliens vergaande milieuwetgeving. *New Jersey's* environmental superlien gaat voor op alle andere voorrechten met betrekking tot het gesaneerde perceel (zie N.J. Stat. Ann. Par. 58:10-23.Ilg (c(2))).<sup>160</sup> De wet verwoordt dit als volgt: “Where a person is liable for cleanup and

156 J. Gross, ‘Bankruptcy’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, merkt daarover op (p. 10-33): “Many environmental statutes allow governmental entities to become secured creditors by placing liens on a debtor’s property for cleanup costs that they have incurred with respect to the debtor (although usually such liens do not cover cleanup obligations). However, such statutes usually do not allow the state’s lien to take priority over other, pre-existing liens. Thus, the lien rights granted by most environmental statutes do not entitle the government to a “super-priority” (or “priming”) lien.” Zie voor een opsomming dienaangaande het overzicht opgesteld door het Amerikaans advocatenkantoor Farer Fersko in Westfield (NJ), USA, [www.farerlaw.com/library/library.asp](http://www.farerlaw.com/library/library.asp).

157 42 U.S.C. par. 9607(l): “Federal lien (1) In general. All costs and damages for which a person is liable to the United States under subsection (a) of this section (other than the owner or operator of a vessel under paragraph (1) of subsection (a) of this section) shall constitute a lien in favor of the United States upon all real property and rights to such property which – (A) belong to such person; and (B) are subject to or affected by a removal or remedial action.” 42 U.S.C. par. 9607(r)(2): “Lien. If there are any uncovered response costs incurred by the United States at a facility for which an owner of the facility is not liable by reason of paragraph (1), and if each of the conditions described in paragraph (3) is met, the United States shall have a lien on the facility, or may by agreement with the owner, obtain from the owner a lien on any other property or other assurance of payment satisfactory to the Administrator, for the unrecovered response costs.”

158 Vergelijk F.P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, LexisNexis/Matthew Bender, 2005, Volume 3, p. 4A-78.176(19): “Thus, a superlien gives a state a first lien for the recovery of cleanup costs over all or at least some designated liens that have been recorded earlier.” L.D. Cherkis en S.M. Abramowitz, *Collier Real Estate Transactions and the Bankruptcy Code*, LexisNexis, 2006, p. 6-64 en p. 6-65: “These liens are called “super-liens” because, at least with respect to the contaminated property, they generally have priority over other liens and encumbrances on the property, including those that have been previously perfected.”

159 Waaronder de Amerikaanse staten Connecticut, Illinois, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, New Hampshire, New Jersey en Wisconsin.

160 Vergelijk ook F.P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, LexisNexis/Matthew Bender, 2005, Volume 3, p. 4A-78.176(19), die opmerkt: “Unlike New Jersey, which extends the superlien over all other liens and over other properties of the owner, most states give priority only over liens on the cleaned-up property.” A.P. Nucciarone, ‘Real Property Transfers and Brownfields Development’, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 5, 2006, p. 32-39: “In New Jersey, the state’s lien against a decontaminated site takes precedence over pre-existing municipal tax liens and mortgage encumbrances. A number of other states have similar provisions. Thus, even after searching in vain for liens prior to closing the loan, a lender in certain states must live with the risk of a subsequent lien.” Ten aanzien van ‘residential property’ geldt de superlien in New Jersey overigens niet.

removal costs as provided in this paragraph, any expenditures made by the administrator for that cleanup and removal shall constitute a debt of that person to the fund. The debt shall constitute a lien on all property owned by that person when a notice of lien identifying the nature of the discharge and the amount of the cleanup, removal and related costs expended from the fund is duly filed with the clerk of the Superior Court.” En: “Upon entry by the clerk, the lien, to the amount committed by the administrator for cleanup and removal, shall attach to the revenues and all real and personal property of the liable person, whether or not that person is insolvent”. Het super-voorrecht ten aanzien van het gesaneerde perceel grond is als volgt in de wet vastgelegd: “For the purpose of determining priority of this lien over all other claims or liens which are or have been filed against the property of an owner or operator of a refinery, storage, transfer, or pipeline facility, the lien on the facility to which the discharged hazardous substance was en route shall have priority over all other claims or liens which are or have been filed against the property.” Daarnaast is een lien toepasselijk ten opzichte van al het andere eigendom van de vervuiler: “The notice of lien filed pursuant to this paragraph which affects any property of a person liable pursuant to this paragraph other than the property of an owner or operator of a refinery, storage, transfer, or pipeline facility to which the discharged hazardous substance was en route, shall have priority from the day of the filing of the notice of the lien over all claims and liens filed against the property, but shall not affect any valid lien, right, or interest in the property filed in accordance with established procedure prior to the filing of a notice of lien pursuant to this paragraph.” Ook deze lien heeft een hoge voorrang, maar heeft geen terugwerkende kracht (retroactive effect), dat wil zeggen dat deze lien geen voorrang heeft op eerder gevestigde voorrechten. Kortom, de Amerikaanse staat New Jersey heeft een vergaande regeling ten aanzien van milieu super-voorrechten, die niet alleen betrekking hebben op het gesaneerde perceel grond, maar op alle eigendommen van de vervuiler.

In de staat *Connecticut*, waar de in hoofdstuk 4 besproken Transfer Act toepasselijk is, is ten aanzien van saneringskosten van de overheid met betrekking tot non-residential real estate een wettelijke superlien toepasselijk.<sup>161</sup> Behalve in het geval de real estate (onroerende zaak, perceel grond) is overgedragen conform de regels van de Transfer Act, heeft deze superlien van de overheid voorrang boven alle andere voorrechten op de desbetreffende onroerende zaak die ten behoeve van andere schuldeisers zijn geregistreerd op of na 3 juni 1985: “(...) such lien shall take precedence over all transfers and encumbrances recorded on or after June 3, 1985, in any manner affecting such interest in such real estate or any part of it on which the spill occurred or from which the spill emanated, or real estate which has been included, within the preceding three years, in the property description of such real estate and is contiguous to such real estate. This subsection shall not apply to real estate which consists exclusively of residential real estate (...). Zie Conn. Gen. Stat. Ann. Par. 22a-452a(f).

---

<sup>161</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-452a.

In de staat *Maine* is een superlien ten aanzien van een onroerende zaak van een verantwoordelijke partij (“responsible party for the uncontrolled hazardous substance site”) toepasselijk met betrekking tot de kosten die de staat Maine heeft gemaakt vanwege het verwijderen van bodemverontreiniging en het nemen van beveiligingsmaatregelen, en met betrekking tot de aan de verantwoordelijke partij opgelegde boetes (zie *Maine Rev. Stat. Ann. Tit. 38, par. 1371*). Deze superlien heeft betrekking op de vervuilde onroerende zaken van de verantwoordelijke partij.<sup>162</sup> De superlien heeft voorrang boven alle andere voorrechten die op de desbetreffende vervuilde onroerende zaak zijn gevestigd na 7 juli 1987: “Any lien filed pursuant to this section on real estate that encompasses an uncontrolled hazardous substance site has precedence over all encumbrances on the real estate, including liens of the State or any political subdivision, recorded after July 7, 1987.” Ook ten aanzien van andere onroerende zaken, dus niet het gesaneerde perceel, is een lien toepasselijk. Deze lien heeft echter geen terugwerkende kracht en is dus geen superlien: “Any lien filed pursuant to this section on any other real estate of the party responsible for the uncontrolled hazardous substance site shall have precedence over all transfers and encumbrances filed after the date that the lien is filed with the registry of deeds.” Dit betreft dus een lien die niet voorgaat op voorrechten die eerder zijn gevestigd op de desbetreffende onroerende zaken van de verantwoordelijke partij. Wél heeft de lien voorrang op alle transfers and encumbrances die later zijn geregistreerd.

De staat *Massachusetts* heeft een wettelijke superlien gecreëerd die niet alleen betrekking heeft op de vervuilde onroerende zaak, maar ook op andere percelen grond in eigendom van de aansprakelijke persoon (zie *Ann. Laws of Mass. 21E, Par. 13*): “Any lien recorded, registered or filed pursuant to this section shall have priority over any encumbrance theretofore recorded, registered or filed with respect to any site, other than real property the greater part of which is devoted to single or multi-family housing, described in such statement of claim, but as to other real property shall be subject to encumbrances or other interests recorded, registered or filed prior to the recording, registration or filing of such statement, and as to all other personal property shall be subject to the priority rules of said chapter one hundred and six”. De lien heeft dus ook betrekking op andere (onroerende) zaken van de aansprakelijke persoon (andere dan ‘sites’), maar heeft dan geen super-voorrang meer.

In de staat *New Hampshire* is een environmental superlien toepasselijk ten aanzien van de onroerende zaak (non residential) die onderwerp is geweest van sanering, én de roerende zaken van de grondeigenaar op de desbetreffende onroerende zaak, alsmede de ‘business revenues’ van de eigenaar van het perceel grond (*NH Rev. Stat. Ann. 147-B:10-b*). De voorrang is daarbij als volgt vastgesteld: “As to the real

---

<sup>162</sup> Daaraan wordt nog toegevoegd: “The term “real estate” in this paragraph includes all real estate of a responsible party that has been included in the property description of the affected real estate within the 3-year period preceding the date of filing of the lien or on or after July 7, 1987, whichever period is shorter.”

property on which the hazardous waste or hazardous material is located, the lien shall constitute a first priority lien against such real property prior to all encumbrances, whether of record or inchoate, when the notice of lien is recorded in the registry of deeds for the county in which such real property is located and the notice of lien identifies the record owner of such real property (...). As to the business revenues generated from the facility on which hazardous waste or hazardous material is located and personal property located at the facility on which hazardous waste or hazardous material is located, the lien shall constitute a first priority lien against such business revenues or personal property, prior to all encumbrances, whether of record or inchoate, when the notice of lien is filed with the secretary of state and the notice of lien identifies the owner of such personal property.” En tot slot is er nog een non-priority lien toepasselijk: “As to all other property, whether real, personal or business revenues (...) the notice of lien shall constitute a lien that is effective as of the date and time of recording or filing, without priority on antecedent encumbrances of record when the notice of lien is properly recorded in the appropriate registry of deeds or filed with the secretary of state.”

#### *Tussenconclusies*

Geconcludeerd kan worden dat voormelde Amerikaanse staten vergaande wettelijke zekerheidsrechten hebben gecreëerd wat betreft het verhaal van saneringskosten gemaakt door de overheid (de zogenaamde superliens). Daarnaast zijn er soms gewone voorrechten toepasselijk op andere roerende zaken van de aansprakelijke (rechts)persoon. Het is de vraag of dergelijke superrechten onder alle omstandigheden redelijk zijn te noemen ten opzichte van andere schuldeisers met een ouder zekerheidsrecht. Weliswaar betreft het hier kosten gemaakt door de overheid, met andere woorden een sanering betaald met gemeenschapsgeld, dat betekent niet dat het daardoor ook altijd gerechtvaardigd is om, wat betreft het verhaal van bijvoorbeeld saneringskosten, andere schuldeisers met oudere zekerheidsrechten achter te stellen. Daarbij kan een supervoorrecht ten gunste van de sanerende overheid met terugwerkende kracht de onroerend goedmarkt, en dan vooral de financiering door banken wat betreft de aankoop van grond, verstoren. Banken (kredietverschaffers) zullen immers terughoudender zijn wat betreft het verstrekken van leningen aan bedrijven, indien zij een potentieel gevaar van verontreiniging zien, waarbij de in de toekomst sanerende overheid wellicht een supervoorrecht verkrijgt. Een superlien met terugwerkende kracht heeft als resultaat dat de in het register ingeschreven voorrechten niet meer volledige zekerheid geven. Er kan immers in de toekomst altijd nog een voorrecht met terugwerkende kracht ten gunste van de sanerende overheid worden ingeschreven in de registers.

*Cherkis en Abramowitz* merken over deze wetgeving op:<sup>163</sup> “The superlien statutes also raise certain practical concerns. The inchoate nature of these environmental liens may create a chilling effect on real estate transactions. One New Jersey court made the following observations about the commercial impact of the state superlien statute: Seen, not from the clinical viewpoint of an environmentalist but from the coldly practical position of those whose interests involve the status of land titles in New Jersey, this statute, while highly commendable in its intent is, with respect to land titles, a hibernating time bomb. Our whole system of recordation of land titles depends upon the ability of one who seeks to acquire an interest in real property to ascertain beyond peradventure the true state of the title. The entire industry of title insurance depends on this. The willingness of lending institutions to finance the acquisition of real estate depends on it. It is probably an understatement that the financial health of a great portion of our economy depends on the simple fact that anyone wishing to invest in real estate, or finance such investment, is able to go to the proper recording officer and be assured of the posture of the title, saving only forgery (...). Into this arena of crystal clarity, [the superlien statute] introduces doubt. (*Simon v. Oldmans Township*, 203 N.J. Super. 365, 373-74, 497 A.2d 204, 209 (Super. Ct. Ch. Div. 1985).” Ik sluit mij aan bij deze conclusie van *Cherkis en Abramowitz*.

9.4.5 *Hoe te oordelen indien er geen financiële zekerheidstelling is bedongen of de financiële zekerheid geen zekerheid blijkt te bieden?*

Terug naar de situatie in Nederland. Indien het bevoegd gezag financiële zekerheid heeft bedongen van de vergunninghouder/drijver van de inrichting, zal een faillissement van de vergunninghouder/drijver in het algemeen het bevoegd gezag niet hoeven te raken. Het bevoegd gezag zal eventuele sanerings- of verwijderingskosten bijvoorbeeld – afhankelijk van de gekozen wijze van financiële zekerheidstelling – kunnen verhalen op een derde die garant staat (borgtocht, bankgarantie) of door middel van het uitwinnen (parate executie) van de zaak waarop een pand- of hypotheekrecht is gevestigd.

Aangezien er toch wel nadelen aan het bedingen van financiële zekerheidstelling kunnen kleven, is het nuttig om na te gaan op welke wijzen het bevoegd gezag ook zonder financiële zekerheid verhaal kan nemen voor de door hem gemaakte kosten, juist in het geval de drijver van de inrichting minder of niet solvent blijkt te zijn. De mogelijke nadelen aan het bedingen van financiële zekerheid vooraf zijn hiervoor al weergegeven: (a) ondernemingen worden liever niet geconfronteerd met extra financiële zekerheidstellingen omdat hen dat beperkt in hun overige kredietruimte, en (b) sommige wijzen van financiële zekerheidstelling bewerkstelligen niet altijd daadwerkelijk de gewenste financiële zekerheid.

---

<sup>163</sup> L.D. Cherkis en S.M. Abramowitz, *Collier Real Estate Transactions and the Bankruptcy Code*, LexisNexis, 2006, p. 6-67 en p. 6-68.



Over de verhouding tussen de gefailleerde en ‘normale’ schuldeiser van de gefailleerde waarbij de schuld voortvloeit uit een vrijwillige (handels)relatie, en de verhouding tussen de gefailleerde en een niet in voormelde zin vrijwillige schuldeiser zoals de overheid, valt veel te zeggen. De overheid treedt immers op als rechtshandhaver, en niet als een vrijwillige contractspartij van de gefailleerde. Het betreft dus de meer algemene vraag hoe de aanwezige baten in het faillissement kunnen worden verdeeld tussen commerciële schuldeisers die vrijwillig een band met de schuldenaar zijn aangegaan vóór het faillissement, en een publieke schuldeiser (het bevoegd gezag) die geen vrijwillige band is aangegaan met de schuldenaar.

Dit aspect wordt ook verwoord door de Amerikaanse auteurs *E. Warren* en *J.L. Westbrook*. Zij merken op: “The policy questions presented when a failing debtor owes commercial lenders and trade creditors *and* has a huge clean-up bill or product liability obligations are not hard to see. Every dollar that goes to an environmental clean up is a dollar that does not go to the banks and suppliers; every dollar that goes to a commercial creditor or vendor is a dollar that does not go to someone injured by that debtor. In a world of business with more obligations than dollars, this is a distributional issue in its starkest form. Because the distributional claimants include both creditors who voluntarily engaged in business with the debtor and those who did not consent to become the debtor’s environmental claimants or tort victims, traditional analysis can be very unsatisfactory. The clear lines of division that separate secured from unsecured and priority from general creditors leave the environmental claimants and tort victims in a general unsecured class with the least protection and the lowest likelihood of repayment. The fact that those who will be paid first are often the most sophisticated creditors and the ones most able to spread the risk of losses among several different borrowers compounds the discomfort. Congress could establish a special priority in bankruptcy for the payment of environmental claims and mass torts. So far, it has not. Instead, the courts are left to fashion distributional schemes as best they can using the generic tools available in the Bankruptcy Code.”<sup>164</sup>

Terug naar de benadering van de ABRvS: de Alvat-uitspraak en de daarop volgende uitspraken uit 2005 en 2007. Aan deze benadering kleven ook nadelen.<sup>165</sup> Hier zal ik kort stilstaan bij deze nadelen en ingaan op een mogelijk alternatief voor dit systeem, waarbij zowel rekening wordt gehouden met de belangen van het bevoegd gezag als met de belangen van de overige schuldeisers van de gefailleerde. Mijns inziens is de aanduiding van de curator als drijver van de inrichting dermate belangrijk, dat deze aanduiding in de Fw of de Wm zou moeten worden

<sup>164</sup> E. Warren en J.L. Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors*, Gaithersburg/New York: Aspen Law & Business, Fourth Edition, 2001, p. 754-755.

<sup>165</sup> Zie daarover ook R. Mellenbergh, ‘De curator en de naleving van de milieuevergunning’, *NJB* 2005/15, p. 784-789.

opgenomen.<sup>166</sup> Vanuit het gegeven dat de curator als drijver van de inrichting is te beschouwen, ook indien hij het bedrijf van de gefailleerde niet conform artikel 98 Fw voortzet,<sup>167</sup> zijn er meerdere mogelijke oplossingen denkbaar. De huidige situatie is als volgt samen te vatten.

Indien het bevoegd gezag vóór het moment van faillietverklaring overgaat tot het uitoefenen van bestuursdwang, vormen deze kosten in faillissement een concurrente vordering, met als gevolg dat zij waarschijnlijk niet verhaalbaar zijn op de faillissementsboedel. Indien het bevoegd gezag ná de datum waarop het faillissement wordt uitgesproken overgaat tot uitoefening van bestuursdwang en de gefailleerde aanspreekt voor deze kosten, is de vordering van het bevoegd gezag een niet in het faillissement verifieerbare vordering.<sup>168</sup>

Eenzelfde systeem geldt ten aanzien van verbeurde dwangsommen. Vóór de faillietverklaring verbeurde dwangsommen kunnen ter verificatie worden ingediend, maar zijn niet bevoorrecht. Dit zijn dus concurrente vorderingen. Ná het moment van faillietverklaring kan in het algemeen aan de gefailleerde overtreder geen last onder dwangsom meer worden opgelegd, aangezien de gefailleerde het niet meer in zijn macht – het bestuursrechtelijke criterium waarin wordt getoetst of een last onder dwangsom kan worden opgelegd – heeft om de overtreding te beëindigen.<sup>169</sup> De door de gefailleerde verbeurde bedragen zijn niet-verifieerbaar in het faillissement.

Ná het faillissement kan het bevoegd gezag wél de curator als drijver van de inrichting aanspreken tot naleving van de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften. Aan hem kan als overtreder een last onder dwangsom worden opgelegd, dan wel tot hem kan een bestuursdwangbeschikking worden gericht. Verbeurde dwangsommen en door het bevoegd gezag gemaakte kosten vanwege uitgeoefende bestuursdwang zijn dan aan te merken als een boedel-schuld, aangezien de curator q.q. door het bevoegd gezag is aangesproken, en hij het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen en de geldende milieu(vergunnings)voorschriften na te leven.

---

<sup>166</sup> Dat de kosten met betrekking tot de naleving van de (milieu)vergunningvoorschriften dan ten laste komen van de boedel/schuldeisers en niet ten laste van het bevoegd gezag (en dus de gemeenschap), lijkt mij – zoals eerder door mij betoogd in het *Nederlands Juristenblad* – redelijk te noemen. Zie ‘De curator en de naleving van de milieuvergunning’, *NJB* 2005/15, p. 784-789. Zie ook par. 9.3.2.

<sup>167</sup> Art. 98 Fw luidt: “De curator is bevoegd het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. (...)”

<sup>168</sup> Art. 24 Fw.

<sup>169</sup> Zie bijvoorbeeld Vz. ABRvS 22 december 2003, *JM* 2004, 28, r.o. 2.4, m.nt. Zigenhorn, en artikel 23 Fw.: “Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen, te rekenen vanaf de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, die dag daaronder begrepen.” Zie ook L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 1 Systeem, bevoegdheid, Besluitvorming, Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 617-618.

Het huidige systeem bewerkstelligt een groot verschil tussen enerzijds verhaalsrang van de kosten (verbeurde dwangsommen of bestuursdwangkosten) gemaakt en ontstaan vóór de faillissementsdatum, en anderzijds de verhaalsrang van de kosten ontstaan ná de faillissementsdatum. In het eerste geval zijn de kosten slechts in het faillissement te verifiëren als concurrente vordering (lage rang), in het tweede geval vormen zij een boedelschuld en hebben zij een hoge voorrang.<sup>170</sup> Dit verschil vloeit geheel voort uit het moment waarop de het bevoegd gezag actie onderneemt, en ten opzichte van wie. Een situatie die soms nogal onbevredigend voorkomt. Het lijkt dan gunstiger voor het bevoegd gezag om – indien milieu(vergunnings)voorschriften niet correct worden nageleefd en het vermoeden bestaat dat de drijver van de inrichting/overtreder snel failliet zal gaan – nog even te wachten met het nemen van actie tot ná het moment van faillietverklaring. Dit zou gezien het hiervoor geconstateerde grote verschil in rangorde geen vreemde reactie zijn van het bevoegd gezag, maar brengt het bevoegd gezag wel tot een afweging die vanuit het oogpunt van handhaving en bescherming van het milieu mijns inziens niet ideaal is te noemen. Ook kan de hoge verhaalsrang soms onredelijk zijn gezien de positie van de andere schuldeisers van de gefailleerde.

Een oplossing zou zijn om – met het oog op een mogelijk faillissement van de drijver van de inrichting/overtreder in de situatie waarin geen financiële zekerheid is bedongen – de volgende uitgangspunten in acht te nemen:

- (1) De curator q.q. is ná het moment van faillietverklaring aan te merken als de drijver van de inrichting, zowel in het geval hij het bedrijf van de gefailleerde voortzet, als in het geval hij dat niet doet. Hij moet daarom de objectieve rechtsplichten rustende op de faillissementsboedel nakomen. Om dit uitgangspunt buiten alle twijfel te stellen, kan dit beginsel worden opgenomen in de Fw of – wetstechnisch gezien minder mooi – in de Wm. Aan deze wettelijke plicht kan de curator q.q. zich niet onttrekken. De curator is immers een door de rechtbank benoemde functionaris en heeft een duidelijke maatschappelijke functie. Het zal dan ook zeker niet in het belang van de curator zijn om deze wettelijke plicht te ontduiken.<sup>171</sup> Hij kan daarvoor in elk geval in zijn hoedanigheid van curator q.q. verantwoordelijk worden gehouden. Daarnaast houdt ook de rechter-commissaris toezicht op het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel door de curator.<sup>172</sup> Daaronder valt ook de toetsing van de rechtmatigheid van het handelen van de curator, met andere woorden of de

---

170 R.J. van Galen, 'Faillissementswet, commentaar bij artikel 180 Fw, Aantekening 4, Boedelschulden en faillissementskosten', bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht*: "Boedelschulden zijn schulden, die een onmiddellijke aanspraak tegen de boedel geven en die, als komende ten laste van de curator in zijn kwaliteit, door deze onmiddellijk uit de boedel moeten worden voldaan, aldus de memorie van toelichting (Van der Feltz, I, p. 384) (...). Boedelschulden zijn schulden die ontstaan na de faillietverklaring en die toegerekend kunnen worden aan de boedel." Indien de faillissementsboedel zelfs ontoereikend is om de boedelschulden te voldoen, heeft de boedelschuld van het bevoegd gezag niet de hoogste rang. Het salaris van de curator heeft bijvoorbeeld een hogere rang, en kosten van executie en vereffening moeten vooraf uit de opbrengst worden voldaan.

171 Zie ook mijn naschrift in *NJB* 2005/32, p. 1700, 'Naschrift naar aanleiding van de reactie van A.A.J. Smelt'.

172 Artikel 64 Fw.

curator handelt overeenkomstig de wet en de voor hem geldende zorgvuldigheidsnormen. De rechter-commissaris kan de curator op de nakoming van zijn wettelijke (milieu)verplichtingen aanspreken, en hem in het uiterste geval voordragen voor ontslag.<sup>173</sup> De rechter-commissaris kan op deze wijze toezicht houden op de naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften door de curator.

Of ook het bevoegd gezag bij de rechter-commissaris zijn beklag kan doen over het feit dat de curator de milieu(vergunnings)voorschriften niet naleeft is thans onduidelijk. Art. 69 Fw geeft bepaalde belanghebbenden de mogelijkheid om van de rechter-commissaris een bevel uit te lokken, bijvoorbeeld inhoudende dat de curator een bepaalde (rechts)handeling moet verrichten. Deze weg kan echter niet altijd door het bevoegd gezag worden bewandeld. Ten eerste is het aantal belanghebbenden dat eventueel bij de rechter-commissaris kan opkomen limitatief<sup>174</sup> opgesomd in artikel 69 Fw. Dit zijn de schuldeisers, de commissie uit de schuldeisers of de gefailleerde zélf. Het bevoegd gezag dat naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften van de curator q.q. verlangt is op dat moment nog geen schuldeiser. Het bevoegd gezag heeft op dat moment immers nog niet zélf kosten vanwege het uitoefenen van bestuursdwang gemaakt.<sup>175</sup> Gevolg: het bevoegd gezag kan niet ingevolge artikel 69 Fw opkomen bij de curator. Ten tweede kan door een belanghebbende in de zin van artikel 69 Fw geen beroep worden gedaan op artikel 69 Fw, mocht het bevoegd gezag toch als schuldeiser zijn aan te duiden, voor zover het een hem persoonlijk toekomend recht betreft. Daarvan zal in geval van een besluit tot naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften overigens geen sprake zijn: dat besluit wordt niet door het bevoegd gezag uitgelokt om persoonlijke rechten van het bevoegd gezag te doen laten gelden, maar juist ten behoeve van algemene doeleinden zoals de bescherming van het milieu en/of werknemers en/of omwonenden.

---

173 Artikel 73 Fw. Zie ook B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 7.

174 F.M.J. Verstijlen, 'Faillissementswet, commentaar bij artikel 69 Fw, aantekening 3, Mogelijke verzoekers', bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht* en HR 10 mei 1985 (Rutten en Kruisman), *NJ* 1985, 791, r.o. 3.3.1, m.nt. G.

175 Daarnaast is een schuldeiser in de zin van de Fw alleen schuldeiser indien zijn vordering vóór het moment van faillietverklaring is ontstaan. Dus indien het bevoegd gezag kosten vanwege het uitoefenen van bestuursdwang maakt ná de datum van faillietverklaring, kan hij niet als schuldeiser een beroep doen op bijvoorbeeld art. 69 Fw. Boedelschuldeisers kunnen geen beroep doen op art. 69 Fw, zij moeten en kunnen hun eigen belangen behartigen, zie F.M.J. Verstijlen, 'Faillissementswet, commentaar bij artikel 69 Fw, aantekening 9, Boedelschuldeiser als verzoeker?', bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht*, en Rb. Utrecht 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 355, r.o. 10.

- (2) Om onnodige kosten te voorkomen kan als uitgangspunt worden genomen dat in geval van faillissement geen last onder dwangsom aan de curator q.q. wordt opgelegd.<sup>176</sup> Dit betekent dat het bevoegd gezag in die situaties waarin de curator q.q. niet optreedt moet overgaan tot het uitoefenen van bestuursdwang. Die situatie zal zich, gezien de wettelijke plicht die op de curator q.q. zou rusten volgens dit voorstel (en die nu uit de jurisprudentie van de ABRvS volgt), slechts voordoen in bepaalde uitzonderingssituaties. Te denken valt aan de situatie waarin de curator niet aan de plichten voortvloeiende uit de milieu (vergunning)voorschriften kan voldoen, gezien de omstandigheid dat de omvang van de faillissementsboedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen. Ook bij deze afweging kan de rechter-commissaris een rol spelen, in die zin dat hij nagaat of dit inderdaad het geval is. In die gevallen is het redelijk de curator q.q. niet met deze verplichting te belasten, waarbij tevens wordt voorkomen dat milieu(vergunning)voorschriften eventueel op te goedkope, en onverantwoorde, wijze worden nageleefd vanwege het gebrek aan baten in de boedel. Denk bijvoorbeeld aan de onverantwoorde verwijdering van afvalstoffen. Overigens, ook naar huidig recht is het raadzaam om als curator de rechter-commissaris op de hoogte te stellen van het feit dat de milieu(vergunning)voorschriften vanwege een gebrek aan baten in de faillissementsboedel niet kunnen worden nageleefd. Indien de curator goedkeuring heeft verkregen van de rechter-commissaris om bepaalde (rechts)handelingen ten aanzien van de faillissementsboedel wél of juist niet te verrichten, staat de curator sterker in zijn positie ten opzichte van het bevoegd gezag.

Wat betreft de kosten vanwege het uitoefenen van bestuursdwang, zijn naar mijn mening twee oplossingen denkbaar. *Of* deze kosten worden als boedelschuld aangemerkt, met als resultaat dat andere boedelschulden wellicht niet meer geheel kunnen worden vergoed. Deze benadering heeft als voordeel dat niet wordt afgeweken van het geldende huidige systeem van de Faillissementswet. *Of* er wordt afgeweken van het gangbare wettelijke stelsel waarin schulden gemaakt door de curator q.q. zijn aan te duiden als boedelschulden, en de wet bepaalt dat deze kosten slechts bevoorrecht zijn. Dan wordt wél afgeweken van het huidige systeem van de Faillissementswet, met als rechtvaardigingsgrond dat het bevoegd gezag alleen kosten vanwege bestuursdwang zal maken in het geval er echt geen of (te) weinig baten in de faillissementsboedel zitten. In alle andere gevallen zal de curator q.q. in dit voorgestelde systeem immers zijn wettelijke verplichting moeten nakomen, dan wel daartoe worden aangezet door de op hem toezicht houdende rechter-commis-

---

<sup>176</sup> Thans gebeurt dat wel, en hoeft het feit dat het een faillissementssituatie betreft zelfs niet te worden meegenomen bij de vraag hoe hoog de dwangsom is. Zie bijvoorbeeld de reeds vaker in dit hoofdstuk aangehaalde uitspraak van de ABRvS van 9 mei 2007, zaaknr. 200604496/1, r.o. 2.1.3: "(...) Wat betreft de hoogte van de dwangsom overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar de uitspraak van 10 december 2003 in zaak no. 200304169/1, dat de financiële omstandigheden van degene tot wie een last is gericht, niet bepalend kunnen zijn voor het vaststellen van de hoogte van de dwangsom. De omstandigheid dat appellant in zijn hoedanigheid van curator is aangeschreven, maakt dit niet anders."

saris.<sup>177</sup> Het gevaar van een ‘premie vanwege niet-naleving’ blijft daarom in dit soort gevallen achterwege.<sup>178</sup>

- (3) Indien wordt gekozen voor deze tweede benadering, kan de wetgever in afdeling 3.10 van het BW tevens (eventueel) bepalen dat de kosten gemaakt vanwege bestuursdwang wettelijk bevoorrecht zijn, ook indien zij zijn gemaakt vóór het moment van faillietverklaring. Dit is geen nieuwe gedachtegang. In de oude Gemeentewet was het verhaal van kosten na uitgeoefende bestuursdwang ook bevoorrecht.<sup>179</sup>
- (4) Er zijn enkele complicaties.<sup>180</sup> Ten eerste de vraag of de mate van milieu-urgentie een rol zou moeten spelen bij de afweging of de curator q.q. de verplichtingen voortvloeiende uit de milieu(vergunnings)voorschriften moet nakomen. Dit lijkt mij in principe onwenselijk, aangezien anders de kosten voor verwijdering toch weer komen te rusten op het bevoegd gezag, en dus indirect op de burgers. Uitstel van deze verplichting lijkt mij alleen aanvaardbaar indien de failliete boedel ‘going concern’ wordt overgenomen door een derde, waarbij de derde verklaart dat hij, na de koop en levering, de gevaarlijke stoffen snel en op correcte wijze zal verwijderen. Daarnaast speelt nog de kwestie of de bevoorrechtiging van het kostenverhaal wel redelijk is te noemen indien het bevoegd gezag reeds langere tijd tekort is geschoten in zijn toezichthoudende taak. Het lijkt mij denkbaar dat, bij ernstige verwaarlozing van deze toezichthoudende taak door het bevoegd gezag voor het faillissement, bevoorrechtiging van het kostenverhaal (in het huidige systeem van de wet: boedelschuld) onredelijk is te noemen.

Duidelijk is dat dit alles een lastige kwestie betreft, waarbij verschillende opvattingen kunnen worden gehuldigd: moeten de kosten ten laste van de gemeenschap/burgers komen, of juist ten laste van de schuldeisers van de gefailleerde? Daarbij spelen allerlei bijzondere omstandigheden zoals milieu-urgentie en tekortschietend overheidstoezicht in het verleden die wellicht weer tot uitzonderingen zouden kunnen leiden. Daar waar mogelijk, is het stellen van financiële zekerheid door de drijver van de inrichting, dan wel het oprichten van een speciaal fonds

---

177 Ik ga uit van een goed handelend curator. Addertje onder het gras blijft dat de curator ook zélf belang heeft bij een boedel waarin enige baten zitten. Het salaris van de curator wordt immers voldaan uit de boedel, zie art. 71 Fw en F.M.J. Verstijlen, ‘Faillissementswet, commentaar bij artikel 71, Aantekening 1, Salaris curator’, bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht*. Mede daarom is toezicht van de rechter-commissaris geboden. Echter, het salaris van de curator heeft – als kosten van de executie en vereffening – de hoogste rang. De kosten van executie en vereffening moeten vooraf uit de opbrengst worden voldaan, teneinde een ‘netto-opbrengst’ te verkrijgen. Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, r.o. 3.5, m.nt. PvS, HR 30 juni 1995, *NJ* 1996, 554, r.o. 3.9 m.nt. SCJK, en N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, 1999, achtste druk, p. 208-213.

178 Anders A.A.J. Smelt, ‘Handhaving en verhaal in faillissement’, *NJB* 2005/32, p. 1699-1700.

179 Zie daarover J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 244-245.

180 Zie daarover mijn artikel ‘De curator en de naleving van de milieuvergunning’, *NJB* 2005/15, p. 784-789.

door het bevoegd gezag, een goed alternatief. Vaak gaat het bevoegd gezag echter toch niet over tot het verlangen van financiële zekerheden, mede omdat bedrijven afkeurend tegenover een dergelijke plicht tot financiële zekerheidstelling staat.<sup>181</sup>

Mede vanwege deze laatste omstandigheid dit voorstel ten aanzien van de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften ten tijde van een faillissementssituatie:

- a. het wettelijk vastleggen van de verplichting van de curator q.q. als drijver van de inrichting ten tijde van het faillissement in de Fw of de Wm, ook indien hij de onderneming/inrichting van de gefailleerde niet voortzet. Deze regel vloeit thans voort uit de jurisprudentie van de ABRvS. De curator q.q. is dus ook als overtreder aan te merken; en
- b. de kosten voortvloeiende uit bestuursdwang uitgevoerd vóór het moment van faillietverklaring zijn aan te merken als wettelijk bevoorrecht.

Daarbij zou tevens kunnen worden bepaald dat:

- c. deze kosten ook na aanschrijving van de curator q.q. en na uitoefening van bestuursdwang in faillissement wettelijk bevoorrecht zijn, en geen boedelschuld. Dit gezien de omstandigheid dat de curator q.q. zijn wettelijke verplichten serieus zal moeten nemen (mede gezien het toezicht van de rechter-commissaris) en dus zijn wettelijke verplichtingen in beginsel zal moeten nakomen, tenzij dit gezien de omvang van de faillissementsboedel echt onmogelijk is. Indien de wetgever het systeem van de Fw niet wil aanpassen, worden deze kosten gemaakt door de curator q.q. in het systeem van de Fw automatisch als boedelschuld aangemerkt.

Indien de faillissementsboedel niet toereikend is om de saneringskosten te voldoen, komen deze kosten uiteraard ten laste van het bevoegd gezag.

---

181 M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003— 2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2, p. 63: “Ook is in het totstandkomingsproces gesteld dat de liquiditeitspositie van bedrijven niet meer beïnvloed zou moeten worden dan vanuit milieuoogpunt strikt noodzakelijk is. Ook hierbij past dat alleen een financiële zekerheid wordt opgelegd indien dat inderdaad gelet op de omstandigheden van de aangevraagde activiteit noodzakelijk wordt geacht. Vervolgens zijn in het kader van het totstandkomingsproces van Befize met name van de kant van het bedrijfsleven kritische standpunten gesteld over het nut en de uitvoerbaarheid van Befize. In deze kan men er natuurlijk van uitgaan dat het bedrijfsleven in principe geen extra financiële last wil dragen, en derhalve dan ook tegen zo een regeling is.”

## 9.5 Slotanalyse en conclusies

### 9.5.1 *De koper van activa uit de faillissementsboedel*

In dit hoofdstuk is ingegaan op mogelijke verantwoordelijkheid voor milieuschade in de situatie waarin de drijver van de inrichting dan wel de overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften is gefailleerd. Er is geconcludeerd dat de koper van activa uit de faillissementsboedel soms het risico loopt verantwoordelijk te worden gesteld voor ‘oude’ milieuverontreiniging veroorzaakt door zijn gefailleerde rechtsvoorganger. Verhaal op de gefailleerde rechtsvoorganger is meestal niet meer mogelijk. Wél geldt in deze situatie dat de koop van aparte activa uit de faillissementsboedel voor een koper minder riskant is dan de koop van de aandelen van de gefailleerde rechtspersoon of een gedeeltelijke overgang onder algemene titel via een juridische (af)splitsing. Dit geldt overigens niet ten aanzien van mogelijk aanwezige bodemverontreiniging. Daarvoor geldt tegenwoordig op grond van artikel 55b Wbb de wettelijke saneringsplicht voor de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter in de zin van artikel 55a Wbb, ook in het geval van koop van een verontreinigd perceel grond uit een faillissementsboedel.

Het is mogelijk dat de potentiële koper, indien de bodemverontreiniging ten tijde van het faillissement en de verkoop van de activa in de faillissementsboedel bekend is, vóór de koop afspraken maakt met het bevoegd gezag ten aanzien van de wijze waarop de bodemsanering zal plaatsvinden. Op deze manier zijn de toekomstige kosten voor de koper met betrekking tot bodemsanering vóór het moment van koop beter in te schatten.

### 9.5.2 *De rol en mogelijke verantwoordelijkheid van de faillissementscurator voor de nakoming van milieu(vergunnings)voorschriften die zich richten tot de faillissementsboedel*

Gezien de wettelijke taak van de curator q.q. is hij ná de faillietverklaring volgens de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak te beschouwen als drijver van de inrichting, waaruit de verplichting voortvloeit tot naleving van de zich tot de faillissementsboedel richtende milieu(vergunnings)voorschriften. In geval van niet naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften zal de curator als overtreder in elk geval q.q. – in zijn hoedanigheid van curator – verantwoordelijk zijn. Hij is in uitzonderlijke gevallen persoonlijk verantwoordelijk/aansprakelijk. Persoonlijke verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid van de curator is bijvoorbeeld denkbaar in de situatie waarin de curator opzettelijk opdracht heeft gegeven om illegaal afval te storten. Ook de curator heeft zich immers te houden aan persoonlijk voor hem in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen.

Daarnaast kan de curator q.q. aansprakelijk zijn ten opzichte van kopers van activa uit de failliete boedel. Ook hier geldt weer dat de curator primair optreedt namens de gefailleerde ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, en in geval



van wanprestatie of onrechtmatige daad alleen in zijn hoedanigheid van curator (q.q.) eventueel aansprakelijk is te stellen. Van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zal ook dan niet snel sprake zijn, tenzij hij persoonlijk de voor hem geldende zorgvuldigheidsnormen heeft geschonden. Dit laatste zou zich bijvoorbeeld voor kunnen doen in het geval de curator opzettelijk hem bekende informatie ten aanzien van het te verkopen bedrijfsterrein achterhoudt, of een verkeerde voorstelling van zaken dienaangaande aan de koper geeft, waardoor de koper schade lijdt. De curator kan dan persoonlijk onrechtmatig hebben gehandeld ten opzichte van de koper. Benadrukt moet worden dat dit uitzonderingssituaties zal betreffen.

Het is de vraag in hoeverre een curator persoonlijk aansprakelijk is te houden door de schuldeisers van de gefailleerde in het geval hij de hem opgedragen taak niet goed uitvoert, in die zin dat hij de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers niet maximaliseert waar dit wel had gekund. In dit verband zou gedacht kunnen worden aan een situatie waarin de curator ten onrechte geen bodemonderzoek heeft uitgevoerd, waardoor het actief 'grond' in de faillissementsboedel niet of voor een te lage prijs is verkocht. Ik acht persoonlijke aansprakelijkstelling van de faillissementscurator in dat geval niet erg voor de hand liggend vanwege de volgende redenen. (i) Soms is het niet gunstig om de toch al in omvang beperkte faillissementsboedel te belasten met kosten voor bodemonderzoek, of heeft de curator aan potentiële kopers de mogelijkheid geboden een bodemonderzoek te verrichten. (ii) Tevens kunnen schuldeisers een bevel van de rechter-commissaris uitlokken, bepalende dat de curator een bodemonderzoek moet (laten) verrichten.

In dit hoofdstuk is ook ingegaan op de vraag of voor de curator q.q., in geval van een verkoop van het bedrijf van de gefailleerde going concern, andere zorgvuldigheidsnormen gelden met betrekking tot mededelingsplichten met betrekking tot mogelijke milieurechtelijke problemen ten aanzien van de onderneming in vergelijking met het geval dat hij de onderneming niet voortgezet. Dat is naar mijn mening niet helemaal uitgesloten. Immers, de curator zal zijn beweegredenen hebben gehad om de onderneming van de gefailleerde voort te zetten: hem zijn blijkbaar feiten en omstandigheden bekend waaruit blijkt dat de onderneming (in afgeslankte vorm) levensvatbaar en verkoopbaar is. Ik meen daarom dat van de curator in dergelijke gevallen een grotere kennis van zaken mag worden verwacht ten aanzien van de te verkopen onderneming. Daardoor zou er ook sneller een mededelingsplicht ten aanzien van mogelijke milieuproblemen klevende aan de onderneming op de curator komen te rusten. Echter ook van de koper mag – zeker in een geval van een faillissement – een bepaalde mate van onderzoek naar de te kopen activa uit de faillissementsboedel worden verlangd. Een koper moet ook eerder rekening houden met bijvoorbeeld overtreding van de milieu(vergunnings)voorschriften in de periode voor het faillissement.

### 9.5.3 *De positie van de overheid in geval van faillissement van de verantwoordelijke rechtspersoon/drijver van de inrichting*

Het bevoegd gezag kan zowel in zijn hoedanigheid van rechtshandhaver als in zijn hoedanigheid van schuldeiser te maken krijgen met faillissementssituaties van drijvers van inrichtingen/overtreders van milieu(vergunnings)voorschriften. Het bevoegd gezag is schuldeiser in het geval hij bijvoorbeeld kosten ten behoeve van het uitoefenen van bestuursdwang heeft gemaakt, dan wel een bodemsanering heeft uitgevoerd. Als rechtshandhaver kan het bevoegd gezag tevens de curator q.q. in zijn hoedanigheid van overtreder verantwoordelijk houden voor de naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

Wat betreft de positie van schuldeiser: om te voorkomen dat het bevoegd gezag zich niet meer kan verhalen omdat de drijver van de inrichting failliet is gegaan, kan tegenwoordig financiële zekerheid van de drijver van de inrichting worden verlangd. Te denken valt daarbij aan een bankgarantie of borgtochtovereenkomst, pand- of hypotheekrecht, verplichte deelname aan een fonds of het verplicht afsluiten van een verzekeringsovereenkomst. Nadeel van het vragen van financiële zekerheid, is dat daardoor de kredietruimte van de desbetreffende drijver/ondernemer wordt aangetast. Dit kan ondernemers afschrikken, zodat het bevoegd gezag liever niet overgaat tot het verplicht stellen van financiële zekerheid.

Daarnaast speelt ook het probleem dat de door het bevoegd gezag gevraagde financiële zekerheidstelling niet altijd in de praktijk daadwerkelijk financiële zekerheid blijkt te bieden, met name niet in faillissementssituaties. Bijvoorbeeld: een hypotheekrecht op een registergoed van de drijver gevestigd ten behoeve van het bevoegd gezag zal vaak een tweede of derde hypotheekrecht zijn, aangezien anderen (banken) al eerder een hypotheekrecht op het desbetreffende registergoed hebben bedongen. Een ander voorbeeld: een bezitloos pandrecht op een roerende zaak zal soms niet uitwinbaar zijn, omdat de roerende zaak inmiddels door de inmiddels gefailleerde is vervreemd (verkocht).

Gezien de mogelijk nadelen verbonden aan het verlangen van financiële zekerheidstelling door de vergunninghouder/drijver van de inrichting, blijft een algemene regeling van belang. Deze is er nu in zoverre, dat op grond van de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak de curator q.q. als drijver van inrichting is te beschouwen, en als overtreder kan worden aangesproken in geval de milieu(vergunnings)voorschriften zijn overtreden, ook indien hij het bedrijf van de gefailleerde niet voortzet. Dit is op zich een duidelijke rechtsregel waarvan ik – gezien het fundamentele uitgangspunt van deze rechtsregel – opname in de Faillissementswet of de Wet milieubeheer bepleit. Een dergelijke wettelijke verplichting zou met zich brengen dat de curator q.q. altijd op grond van de wet is gehouden om de geldende milieu(vergunnings)voorschriften na te leven. In het verlengde daarvan kan hij in geval van overtreding gemakkelijk worden aangesproken door het handhavende bevoegd gezag. Hij heeft ook geen eigen motief om

dat niet te doen. Hij is immers een door de rechtbank benoemde functionaris die als taak heeft het faillissement op een juiste manier af te wikkelen. Daarnaast kan de rechter-commissaris toezicht houden op de taakuitoefening van de curator. Schiet de curator in deze taakuitoefening tekort, dan kan de rechter-commissaris hem daarop aanspreken, en in het uiterste geval zelfs vervangen. De enige omstandigheid waaronder de curator q.q. niet verplicht is om de milieu(vergunnings)voorschriften na te leven, is mijns inziens het geval waarin de faillissementsboedel niet toereikend is om de kosten voor verwijdering of sanering te dragen.

De rangorde van bestuursdwangkosten of verbeurde dwangsommen – ontstaan omdat de overtreder de milieu(vergunnings)voorschriften niet naleeft – verschilt al naar gelang de gefailleerde of de curator q.q. wordt aangesproken. Indien de beschikking aan de gefailleerde zelf is opgelegd, zijn de kosten vanwege het uitoefenen van bestuursdwang of de verbeurde dwangsommen slechts concurrente vorderingen in het faillissement, of – indien de beschikking dateert van ná de faillietverklaring – niet verifieerbaar. Is daarentegen juist de curator q.q. aangeschreven, dan zijn dergelijke kosten aan te duiden als boedelschuld, met de daarbij horende hogere voorrang. Kortom, geen ideale situatie, waarbij het bevoegd gezag soms geneigd zal zijn pas in te grijpen ná de faillietverklaring, omdat anders de kosten niet verhaald kunnen worden. Dit verschil zou al vergaand gelijk kunnen worden getrokken door de kosten vanwege bestuursdwang gemaakt vóór de faillietverklaring wettelijk bevoorrecht te maken. De kosten komen dan in rang ná de boedelschulden. Een andere oplossing – afwijkend van het huidige systeem van de Faillissementswet – is om ook de bestuursdwangkosten gemaakt na het moment van faillissement bevoorrecht te maken, en dus geen boedelschuld. Nadeel van deze oplossing is dat dan van het huidige systeem van de wet wordt afgeweken (nu: boedelschuld indien het een verplichting van de curator q.q. betreft), hoewel dat gezien de uitzonderlijke situatie – namelijk alleen ten aanzien van milieu(vergunnings)regels – niet heel bezwaarlijk hoeft te zijn.

Het lijkt mij daarnaast niet zinvol om de faillissementsboedel met verbeurde dwangsommen te bezwaren. Het verdient daarom mijn voorkeur dat het bevoegd gezag in faillissementssituaties alleen bestuursdwang uitoefent, en geen last onder dwangsom oplegt aan de curator q.q..

9.5.4 *Amerikaans recht: wettelijke milieu supervoorrechten ten behoeve van de overheid en de plicht van de gefailleerde tot openbaarmaking van milieugelateerde problemen*

*Wettelijke milieu supervoorrechten: environmental superliens*

In enkele staten binnen de Verenigde Staten zijn, naar aanleiding van door de overheid gemaakte sanerings- of verwijderingskosten, zogenaamde ‘super’ voorrechten (superliens) gecreëerd. Dergelijke superliens geven de verhaal zoekende overheid in die staten voorrang boven alle andere schuldeisers met zekerheidsrechten ten aanzien van het perceel grond dat door de overheid is gesaneerd, zelfs ten aan-

zien van zekerheidsrechten die al eerder op de desbetreffende het perceel grond zijn gevestigd. Gewone voorrechten, dat wil zeggen voorrechten zonder terugwerkende kracht, kunnen in sommige Amerikaanse staten ook op andere (on)roerende zaken in eigendom van de schadeplichtige worden gelegd.

In Nederland kennen wij dergelijke milieu supervoorrechten niet. Wél kan door middel van bijvoorbeeld een hypotheekrecht gevestigd ten behoeve van het bevoegd gezag een hoge (verhaals)voorrang worden bedongen. Dat geldt ook wat betreft het vestigen van een bezitloos pandrecht op roerende zaken van de drijver van de inrichting. Immers, het hypotheekrecht of het pandrecht verschaft de hypotheek- of pandhouder de positie van separatist. Dat wil zeggen dat de hypotheek- of pandhouder het registergoed waarop het hypotheekrecht, of de roerende zaak waarop het pandrecht is gevestigd, kan uitwinnen alsof er geen sprake is van een faillissement (artikel 57 Fw). Echter, een dergelijk hypotheekrecht van het bevoegd gezag als hypotheekhouder zal bijna nooit een eerste hypotheekrecht zijn. Het eerste hypotheekrecht is meestal verschaft aan een bank. Het hypotheekrecht van het bevoegd gezag zal meestal een tweede of derde hypotheekrecht zijn, dat in rang na het eerste (en tweede) hypotheekrecht van de andere schuldeisers/hypotheekhouders komt. Voormelde Amerikaanse superliens hebben soms zelfs voorrang boven bestaande hypotheekrechten.

Het creëren van een dergelijk milieu supervoorrecht in Nederland ten aanzien van sanerings- en verwijderingskosten gemaakt door het bevoegd gezag lijkt mij een té vergaand wettelijk instrument. Dergelijke superliens hebben wél een voordeel, namelijk dat geen financiële zekerheid vooraf hoeft te worden gevraagd, zoals dat in Nederland nu wel het geval is. Het wettelijke supervoorrecht dat zekerheid verschaft wordt pas gevestigd op het moment dat de overheid daadwerkelijk sanerings- en verwijderingskosten heeft gemaakt. De terugwerkende kracht van superliens brengt echter rechtsonzekerheid met zich mee voor diegene die zekerheid bedingen ten behoeve van het verstrekken van leningen, zoals kredietverschaffers. Zij kunnen er niet meer van uit gaan dat alleen die voorrechten toepasselijk zijn die op het moment dat het voorrecht verstrekken zekerheidsrecht van de kredietverschaffer wordt ingeschreven in de openbare registers staan geregistreerd. Daarmee streeft mijns inziens het middel van een supervoorrecht ten behoeve van het verhaal zoekende bevoegd gezag haar doel voorbij.

#### *Openbaarmakingsplicht van de gefailleerde*

Een ander, veel minder vergaand, aspect van het federale Amerikaans faillissementsrecht in verband met mogelijke milieuproblematiek met betrekking tot de failliete boedel kan wél gemakkelijk worden ingevoerd in Nederland. Het betreft de verplichting van de gefailleerde om openbaarheid te geven met betrekking tot zijn financiële positie. Daarbij moet de gefailleerde ook informatie geven ten aanzien van de milieustatus van de percelen die hij in eigendom heeft en waarvoor hij verantwoordelijk is. Het betreft met name de openbaarmaking van schriftelijke correspondentie met overheidsinstanties, besluiten van het bevoegd gezag en juri-

dische procedures en schikkingen ten aanzien van het desbetreffende perceel. Een dergelijke openbaarmakingsplicht zou ook in Nederland kunnen worden ingevoerd. De openbaarmakingsplicht zou daarbij ruimer kunnen worden gesteld dan in de Verenigde Staten het geval is. Ook vermoedens van bodemverontreiniging of voorgevallen calamiteiten kunnen bijvoorbeeld onderwerp zijn van de openbaarmakingsplicht. Openbaarmaking van dit soort feiten in een vroeg stadium van het faillissement voorkomt dat deze problemen niet aan bod komen tijdens de afhandeling van het faillissement. Zowel de overheden, de curator, de rechter-commissaris als eventueel andere bij het faillissement betrokkenen zijn op deze manier op de hoogte van de milieurechtelijke status van de activa in de faillissementsboedel.

*Faillissement als transfer trigger in een transfer triggered environmental act*

Ten slotte wijs ik op de mogelijkheid om in een transfer triggered milieuwet ook het uitspreken van een faillissement door de rechter als een gebeurtenis op te nemen die de transfer triggered milieuwet automatisch toepasselijk doet zijn. De plicht tot bodemonderzoek en eventueel bodemsanering ontstaat dan vanwege het plaatsvinden van het faillissement. Ook al zijn er waarschijnlijk niet genoeg baten in de faillissementsboedel aanwezig om deze kosten (volledig) te financieren, vanwege het systeem van een transfer triggered milieuwet komt deze plicht automatisch op de faillissementsboedel te rusten. Er is geen specifiek besluit van het bevoegd gezag nodig, en onwetendheid van het naderende faillissement bij het bevoegd gezag is dan geen probleem.

## 10 | Slotanalyse: samenkomst van het milieu- en bestuursrecht en het privaatrecht

In dit hoofdstuk wordt een slotanalyse gegeven ten aanzien van het algemene thema dat in dit promotieonderzoek centraal staat: milieurechtelijke onderwerpen in verband met bedrijfsovernames. Er wordt in dit hoofdstuk met name nog eens specifiek ingegaan op de vraag op welke wijzen er wetstechnisch gezien en in contractuele verhoudingen met dit thema kan worden omgegaan, zodat mogelijke juridische knelpunten die thans voortvloeien uit de verschillende begrippenkaders van enerzijds het milieu- en bestuursrecht, en anderzijds het privaatrecht, worden opgelost.

### 10.1 Het snijvlak tussen het milieu- en bestuursrecht en het privaatrecht

Als rode draad loopt door dit boek het snijvlak tussen enerzijds privaatrechtelijke, en anderzijds milieu- en bestuursrechtelijke aspecten. Civielrechtelijke aspecten die de revue passeren hebben onder andere betrekking op de verschillende wijzen van bedrijfsovernames (aandelentransactie, activa/passivatransactie, juridische fusie en (af)splitsing), de huurovereenkomst, het erfpachtrecht, het opstalrecht, de verantwoordelijk- en aansprakelijkstelling van bestuurders en enig of groot aandeelhouders van rechtspersonen, financiële zekerheidstelling, en aspecten van het faillissementsrecht. Milieu- en bestuursrechtelijke aspecten die in dit boek ter sprake komen hebben onder meer betrekking op de toepasselijkheid van milieu-vergunningsvoorschriften en algemene milieuregels, het inrichtingenbegrip in de zin van de Wm, de bodemsaneringsplicht voortvloeiende uit de Wbb, en het overtrederschap en de handhaving van milieu(vergunnings)voorschriften.

De in dit boek ter sprake gekomen onderwerpen overschrijden de traditionele scheidslijnen tussen voormelde rechtsgebieden. Ten aanzien van verschillende onderwerpen, zoals bodemverontreiniging en de overdracht van verontreinigde grond, het drijverschap over de inrichting en het overtrederschap, is geanalyseerd hoe de verschillende rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Welke knelpunten kunnen daarbij rijzen? En zijn deze verschillen misschien wetstechnisch op te lossen? In dit boek is ingegaan op de vraag hoe met deze knelpunten wordt omgegaan door de wetgever en de rechter die over deze knelpunten moeten oordelen, en hoe met deze knelpunten omgegaan zou kunnen worden.

Soms heeft de wetgever al de in beginsel gescheiden rechtsgebieden milieu- en bestuursrecht en het privaatrecht geïntegreerd of in elk geval op elkaar afgestemd, bijvoorbeeld in verband met het kostenverhaal door het bevoegd gezag na een bodemsanering uitgevoerd door het bevoegd gezag (art. 75 Wbb). Dan spelen de onrechtmatige daad, het relativiteitsvereiste en de ongerechtvaardigde verrijkingsactie een rol van betekenis binnen het milieurechtelijke kader. Ook in andere gevallen komen deze twee verschillende rechtsgebieden bijeen. Bijvoorbeeld in geval van verplichte financiële zekerheidstelling door de drijver van de inrichting met betrekking tot de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften, of voor de verplichtingen voortvloeiende uit de wettelijke bodemsaneringsplicht. Tevens kan worden gewezen op de beoordeling omtrent de omvang van de inrichting in de zin van de Wm, en bij de vraag of er sprake is van meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Daarbij speelt de mate van zeggenschap over de inrichting een rol van betekenis. Deze mate van zeggenschap zal vaak uit rechtspersoonrechtelijke of contractuele relaties voortvloeien. Ook bij de mogelijkheden om naast de drijvende rechtspersoon andere personen, zoals bestuurders en enig of groot aandeelhouders van de rechtspersoon, aan te spreken tot naleving van milieu(vergunnings)voorschriften komen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten samen. Ten slotte kan nog worden gewezen op de rol van de faillissementscurator als drijver van de inrichting in de zin van de Wm. In die situatie wordt de faillissementscurator verplicht tot naleving van milieuregels die zich richten tot de faillissementsboedel, met alle consequenties van dien.

*Een nieuwe wetgevingstechniek: introductie van een zogenaamde transfer triggered environmental act in Nederland of binnen de Europese Unie*

In dit boek is de verweving tussen het privaatrecht en het milieu- en bestuursrecht verder bepleit in het kader van de mogelijke introductie in Nederland van de in enkele staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen (het Vlaams Bodemdecreet) toepasselijk zijnde zogenaamde transfer triggered environmental acts. Dit is een wetgevingstechniek – met name gericht op het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering van verontreinigde grond – waarbij een milieurechtelijke verplichting wordt gekoppeld aan een civielrechtelijke gebeurtenis. Op het moment van overdracht van de grond of op het moment van bedrijfsovername zoals omschreven in de desbetreffende transfer triggered environmental act, moeten de partijen betrokken bij de overdracht of bedrijfsovername/transactie voldoen aan bepaalde verplichtingen voortvloeiende uit de transfer triggered environmental act. De overdracht of transactie zoals gedefinieerd in de transfer triggered environmental act is de trigger (gebeurtenis) die de wet toepasselijk doet zijn. De definiëring van deze trigger/gebeurtenis in de wet is zeer belangrijk, want mede bepalend voor de reikwijdte van de wet. Op deze vernieuwende wetgevingstechniek is uitgebreid ingegaan in de hoofdstukken 4 en 5 van dit boek.

In de hoofdstukken 4 en 5 is ook ingegaan op de motieven om dergelijke wetgeving in te voeren. Een dergelijk systeem van wetgeving brengt soms strijdige uitgangspunten in het privaatrecht en het milieu- en bestuursrecht bij elkaar. In een

dergelijke wet kan de verschillende wettelijke terminologie op elkaar worden afgestemd, zodat er geen discrepantie meer bestaat tussen privaatrechtelijke en milieu- en bestuursrechtelijke begrippen. De wet houdt enerzijds rekening met de praktijk waarin de overdracht van percelen grond en bedrijfsovernames aan de orde van de dag zijn. Anderzijds worden daaraan milieurechtelijke verplichtingen gekoppeld. Voordelen verbonden aan een transfer triggered milieuwet zijn bijvoorbeeld: het verplicht verstrekken van informatie door de verkoper aan de koper en de overheid (het bevoegd gezag), de verplichting om op een bepaald moment de bodem te onderzoeken en te saneren, en het feit dat er op het moment van overdracht geld beschikbaar is, namelijk de koopsom. Ten aanzien van het verplicht verstrekken van informatie aan het bevoegde gezag, bevat ook de door de Europese Commissie in 2006 voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem een verplichting tot het uitvoeren van een bodemonderzoek op het moment dat bepaalde percelen worden verkocht (de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem spreekt over “a site to be sold”). Deze vervreemdingsregeling is in de Kaderrichtlijn Bodem – waarvan het onduidelijk is of zij ooit wordt ingevoerd – niet erg gedetailleerd, en dient te zijner tijd in de nationale implementatiewetgeving van de Lidstaten van de Europese Unie verder te worden uitgewerkt. Wanneer is er bijvoorbeeld precies sprake van een verkoop, op wie rust precies de plicht tot het uitvoeren van een bodemonderzoek, en wie houdt precies het toezicht op de naleving van deze verplichting?

Het is overigens wetstechnisch duidelijker om in een transfer triggered environmental act te spreken over een transactie, in plaats van overdracht. Dit ter onderscheiding van de term overdracht in art. 3:83 BW. Op deze wijze kan de term transactie specifiek worden gedefinieerd in de transfer triggered environmental act, waarbij deze term een breder bereik kan hebben dan een overdracht in de zin van art. 3:83 BW. Bijvoorbeeld, ook de overdracht de aandelen van de vennootschap die eigenaar is van de grond, dan wel een juridische fusie of (af)splitsing, kan in een transfer triggered environmental act als een transactie die de wet toepasselijk doet zijn worden gedefinieerd. Om overdrachten en bedrijfsovernames geen onnodige vertraging te laten oplopen, dient de wet flexibele mechanismen te bevatten, niet al te bureaucratisch te zijn, en een aanvullend karakter te hebben ten opzichte van andere milieuwetgeving. Immers, deze wetgeving is alleen toepasselijk op een moment dat een transactie zoals gedefinieerd in de transfer triggered environmental act plaats vindt. Indien er geen transactie in de zin van de transfer triggered environmental act plaats vindt, is de wet dus niet toepasselijk. De bestaande bodemwetgeving blijft dus van belang. Gezien de aard van deze wetgeving, zou een transfer triggered environmental act kunnen worden ingepast in de bestaande Wbb.

De bestaande Nederlandse bodemwetgeving kent een kwalitatieve verantwoordelijkstelling van de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de verontreinigde grond. Kwalitatief, aangezien zij in hun kwaliteit van eigenaar of erfpachter worden aangesproken, ongeacht of zij veroorzaker van de verontreiniging zijn (art. 55b Wbb en art. 46 Wbb). Art. 55b lid 3 Wbb bevat een beperkt vereiste van finan-



ciële zekerheidstelling in geval van de overdracht van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht op de grond. Beperkt, aangezien dit vereiste niet geldt in geval van bijvoorbeeld een aandelenoverdracht met betrekking tot de vennootschap die eigenaar is van de ernstig verontreinigde grond. Een transfer triggered environmental act zou bij deze wetgeving kunnen aansluiten. Ongeacht of de verkoper veroorzaker is van de verontreiniging, moet hij, of de koper, op het moment van de transactie een bodemonderzoek, en indien noodzakelijk een bodemsanering, uitvoeren.

Aangezien het milieu- en bestuursrecht verplichtingen oplegt aan (rechts)personen die te maken hebben met civielrechtelijke gebeurtenissen zoals bedrijfsovernames, is de verbinding van milieu- en bestuursrechtelijke aspecten met bepaalde civielrechtelijke gebeurtenissen mijns inziens een goed werkbare methode van wetgeving. Dit zal echter alleen zo zijn, indien ook rekening wordt gehouden met de dagelijkse praktijk waarin bedrijfsovernames en de overdracht van terreinen regelmatig plaatsvinden, en vaak ook onder tijdsdruk moeten kunnen worden afgerond. Dit kan door middel van het opnemen van procedures in de wet die voorzien in de mogelijkheid dat de bodemsanering plaatsvindt na het moment van de transactie of overdracht. Ook kan worden bepaald dat een derde – niet (direct) betrokken bij de transactie of overdracht – de saneringstaak op zich neemt. Bijvoorbeeld de moedermaatschappij van de verkopende vennootschap.

Daarbij kan de transfer triggered milieuwetgeving betrekking hebben op méér dan alleen het onderwerp bodemverontreiniging. Bijvoorbeeld, ook ten aanzien van onderzoek en sanering van asbest aanwezig in gebouwen, en de verplichting om aan bepaalde nieuwe technische vereisten te voldoen.

#### *Art. 75 Wbb*

In hoofdstuk 3 is uitgebreid ingegaan op de verbinding tussen het milieurecht en het privaatrecht via art. 75 Wbb. Op grond van dit wetsartikel kan de sanerende overheid saneringskosten op de veroorzaker (onrechtmatige daad) of op de vanwege de uitgevoerde sanering ongerechtvaardigd verrijkte verhalen. In geval van kostenverhaal door de overheid op de veroorzaker speelt het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) een belangrijke rol. Dit vereiste beperkt de mogelijkheden van kostenverhaal ten aanzien van historische veroorzaakte bodemverontreiniging. In dit geval heeft de Hoge Raad geoordeeld dat geen kosten worden verhaald op veroorzakers ten aanzien van bodemverontreiniging veroorzaakt vóór 1 januari 1975. Het in het privaatrecht tot ontwikkeling gekomen relativiteitsvereiste werkt in dit verband dus door in de verhaalsmogelijkheden van de bodemsanerende overheid, en beperkt de overheid in haar verhaalsmogelijkheden. Mede daarom is de saneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters ingevoerd (zie art. 55b Wbb), waarbij het relativiteitsvereiste geen rol speelt. Zie hier weer de wisselwerking tussen het milieurecht en het privaatrecht.

## **10.2 Het houden van toezicht op de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften: Licensed Environmental Professionals**

Een ander belangrijk onderwerp in het kader van milieuwetgeving is het houden van toezicht op de naleving van die milieuwetgeving. Soms is er namelijk niet genoeg mankracht ten behoeve van het houden van adequaat toezicht aanwezig binnen het bevoegd gezag, zoals een gemeente. In die gevallen is het wellicht raadzaam om expertise van buiten het bevoegd gezag aan te trekken. Er vindt dan, enigszins noodgedwongen, een soort van privatisering van het houden van toezicht plaats. Een dergelijke privatisering verlicht niet alleen de taak van het bevoegd gezag, maar brengt ook extra kennis van specialisten met zich mee.

In dergelijk systeem is toepasselijk in bijvoorbeeld de Amerikaanse staat Connecticut, waar zogenaamde Licensed Environmental Professionals toezicht houden op de naleving van de in die staat toepasselijk transfer triggered environmental act, de Transfer Act. Zoals uit de benaming Licensed Environmental Professional al blijkt, zijn deze specialisten niet zo maar bevoegd tot het houden van toezicht namens het bevoegd gezag. Zij moeten eerst een licentie van het ministerie van milieu van de staat Connecticut verkrijgen, alvorens zij worden toegelaten tot de functie van toezichthouder. In Vlaanderen is in het kader van het Vlaams Bodemdecreet een soortgelijke functie in het leven geroepen, de bodemsaneringsdeskundige.

Via het systeem van gecertificeerde milieudeskundigen wordt het uiteindelijke doel, het houden van adequaat toezicht op de naleving van milieuwetgeving, bereikt. Aangezien het hier gaat om een taak die normaliter wordt uitgevoerd door een overheid instantie, dienen er wel bepaalde mechanismen te worden ingebouwd ter waarborging van het correct uitvoeren van de toezichthoudende functie. De gecertificeerde milieudeskundige heeft immers te maken met twee verschillende belangen: hij houdt toezicht namens het bevoegd gezag, maar handelt in opdracht van – en wordt betaald door – een private partij die op grond van de wet bijvoorbeeld een bodemonderzoek en een bodemsanering moet uitvoeren. Op de kunde en werkzaamheden van de gecertificeerde milieudeskundige zelf moet van overheidswege dus wel toezicht worden gehouden. Ook zou er tussen de gecertificeerde milieudeskundigen een soort van ‘level playing field’ moeten worden gecreëerd. Dit ter voorkoming dat dezelfde gecertificeerde milieudeskundigen – dan wel het bedrijf waarvoor deze deskundigen werken – steeds de opdracht krijgen toegewezen. Gedacht kan worden aan het vaststellen van een vast tarief, en het introduceren van een roulatie- of lotingsysteem waarbij telkens andere gecertificeerde milieudeskundigen de opdracht krijgen. Om het verkrijgen van een licentie aantrekkelijk te maken, kan tevens een grens worden gesteld aan de mogelijke aansprakelijkstelling van de gecertificeerde milieudeskundige indien hij zijn opdracht niet correct heeft uitgevoerd. Daarnaast kan worden bepaald dat de gecertificeerde milieudeskundige moet optreden via een vennootschap, en op die manier via de vennootschap zijn mogelijke aansprakelijkheid beperkt. Denkbaar

is tevens dat de gecertificeerde milieudeskundige verplicht een beroepsverzekering moet afsluiten.

Hoewel er dus bezwaren zijn aan te voeren tegen het laten uitvoeren van bepaalde overheidstaken door private partijen, biedt een dergelijk systeem wel het grote voordeel dat het uiteindelijke doel – het houden van toezicht – wordt bereikt. In geval van het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering – werkzaamheden die meestal nu al door private bedrijven worden uitgeoefend – is het invoeren van een systeem van gecertificeerde milieudeskundigen naar mijn mening een reële en goede optie.

Hoever een dergelijke privatisering moet gaan is moeilijk te zeggen. Kan bijvoorbeeld ook het opstellen van ingewikkelde vergunningen worden uitbesteed aan private milieuconsultancy bedrijven (hetgeen in de praktijk nu al soms gebeurt), of is dat een té vergaande uitbesteding van traditionele overheidstaken? Naar mijn mening dient het bevoegd gezag niet ál te veel traditionele taken uit handen te geven. Daarnaast, het inschakelen van private partijen kan ook kostbaar zijn. Dan kan net zo goed meer en goed personeel worden aangenomen door het bevoegd gezag.

### 10.3 Overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften

Niet alleen drijvende rechtspersonen kunnen bestuursrechtelijk worden aangesproken tot naleving van de geldende milieuregels – via het overtredderschap of het opleggen van een last onder dwangsom – of tot kostenverhaal na uitgeoefende bestuursdwang. Om de handhaving zo efficiënt mogelijk te laten zijn, daar bedoel ik in dit verband mee dat het bevoegd gezag zoveel mogelijk mogelijkheden heeft om in elk geval iemand tot naleving of tot kostenverhaal aan te spreken, kunnen ook anderen dan de overtredende rechtspersoon worden aangesproken. Deze anderen kunnen dan soms gezien hun functie en rol (zeggenschap) binnen de rechtspersoon als (mede)overtreder worden aangewezen. Te denken valt aan bestuurders en/of (enig of groot) aandeelhouders van rechtspersonen – al dan niet moedermaatschappijen – en de faillissementscurator in geval er sprake is van een faillissement. Omdat het hier om de naleving van milieu(vergunnings)regels gaat, is er wél een verschil aan te duiden tussen enerzijds de mogelijkheden tot verantwoordelijkstelling van bijvoorbeeld bestuurders van rechtspersonen en de faillissementscurator, en anderzijds de mogelijkheden tot civielrechtelijke aansprakelijkstelling van dergelijke functionarissen.

#### *Bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen*

Het aanspreken van een ander dan de primair overtredende rechtspersoon kan niet zo maar. In het privaatrecht is er veel jurisprudentie ontstaan naar aanleiding van de vraag wanneer bestuurders van rechtspersonen op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen worden gesteld. Het moet gaan om een voldoende ern-

stig persoonlijk verwijtbaar handelen van de bestuurder, en de bestuurder moet weten of redelijkerwijze behoren te begrijpen dat een bepaald handelen of nalaten onrechtmatig is, of kan zijn, ten opzichte van een schadelijgende derde. Civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders van rechtspersonen is niet heel eenvoudig. Het verantwoordelijk kunnen houden van bestuurders, en zelfs soms van een aandeelhouder, van een overtredende rechtspersoon is in het bestuursrecht eenvoudiger.

In het geval een bestuurder van een rechtspersoon als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften wordt aangesproken, moet er sprake zijn van persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder bij de overtreding. Dit is bijvoorbeeld al het geval indien de bestuurder op de hoogte was van de overtreding en daar iets tegen had kunnen doen, maar dat heeft nagelaten. Het opleggen van een last onder dwangsom aan een bestuurder van een rechtspersoon is mogelijk indien deze overtredende bestuurder het – feitelijk en juridisch – in zijn macht heeft om aan de overtreding een eind te maken. Een bestuurder zal het, gezien zijn positie binnen de rechtspersoon, al redelijk snel in zijn macht hebben om een bepaalde situatie waarbij sprake is van een overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften te beëindigen. Het in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen zal vaak voortvloeien uit rechtspersoonrechtelijke zeggenschapsverhoudingen. Ook een (enig of groot) aandeelhouder kan het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen, alhoewel een aandeelhouder gezien zijn positie binnen een vennootschap minder snel als overtreder kan worden aangesproken in vergelijking met een bestuurder van een rechtspersoon. De bestuursrechter oordeelt derhalve sneller dat een bestuurder of enig of groot aandeelhouder van een rechtspersoon aangesproken kan worden als overtreder, in vergelijking met een civiele rechter die moet oordelen of een bestuurder of aandeelhouder op grond van een onrechtmatige daad persoonlijk aansprakelijk is te stellen.

Er zou overigens in het milieu- en bestuursrecht wat betreft het overtreederschap naar mijn mening geen sprake mogen zijn van vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid. Een moedermaatschappij, bijvoorbeeld de enig bestuurder en aandeelhouder van de overtredende dochtervennootschap, wordt als (mede)overtreder niet rechtspersoonrechtelijk vereenzelvigd met haar dochtervennootschap. Het gaat er om dat zij het via haar zeggenschap in haar macht had om een overtreding te beëindigen, dan wel persoonlijk betrokken was bij de overtreding of daar iets tegen had kunnen ondernemen.

Hier is duidelijk dat in het milieu- en bestuursrecht de nuances iets anders liggen dan in het privaatrecht. Verantwoordelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders wat betreft de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften is bestuursrechtelijk eenvoudiger in vergelijking tot de civielrechtelijke aansprakelijkstelling op grond van de onrechtmatige daad. Dit is gunstig met betrekking tot de mogelijkheden tot handhaving van de naleving van milieu(vergunnings)regels, en uiteindelijk dus gunstig ten aanzien van ons milieu. Omdat het hier om algemene (milieu)belangen gaat, is eenvoudige verantwoordelijkstelling gerechtvaardigd.

Wel dienen de bestuursrechter en het bevoegd gezag naar mijn mening terughoudend te zijn met het verantwoordelijk houden van een aandeelhouder van de primair overtredende vennootschap. Alleen in geval van persoonlijke betrokkenheid bij de overtreding van de aandeelhouder, dan wel een duidelijk geval van misbruik van aandeelhouderschap, zou een aandeelhouder mijns inziens als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de rechtspersoon die de inrichting drijft kunnen worden aangemerkt. Ten aanzien van aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen via het civiele recht (artikel 6:162 BW), zou naar mijn mening de huidige lijn van de jurisprudentie moeten worden gevolgd. Een afwijking van het huidige recht is onnodig.

#### *De faillissementscurator*

Een andere persoon die aangesproken kan worden tot naleving van milieu(vergunnings)voorschriften en als overtreder, is de faillissementscurator. De curator q.q. is ingevolge de jurisprudentie van de ABRvS aan te duiden als drijver van de inrichting voorheen gedreven door de gefaillleerde. Voorts moet de curator de rechtsplichten die zich richten tot de faillissementsboedel nakomen. Hij kan op die manier eventueel ook als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften worden aangemerkt, waarbij bestuursdwangkosten gemaakt door het bevoegd gezag en een opgelegde dwangsom zijn aan te merken als boedelschulden.

### **10.4 Contractuele aspecten ten aanzien van het verantwoordelijk stellen voor milieuschade**

In het verlengde van het voorgaande – het samenbrengen van het milieu- en bestuursrecht en privaatrechtelijke aspecten – ligt de vraag op welke manier private partijen betrokken bij een bedrijfsovername onderling, contractueel, kunnen omgaan met milieuaspecten en kosten voor milieuschade. Hier komen het thema milieu en privaatrecht in een andere hoedanigheid samen: hoe kunnen verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden ten aanzien van milieu(rechtelijke) aspecten contractueel worden verdeeld of toebedeeld aan de bij een bedrijfsovername betrokken contractspartijen? Gebleken is dat contractspartijen via het huidige privaatrecht al veel kunnen regelen (zie hoofdstuk 7). Met name de mededelings- en onderzoeksplichten van respectievelijk de verkoper en de koper zorgen echter nog wel eens voor onduidelijkheden op dit punt. Ook wat dit betreft zou een transfer triggered environmental act duidelijkheid bieden.

### **10.5 Milieulast voor het bedrijfsleven en de bescherming van het milieu en de leefomgeving**

Er moet naar mijn mening wel voor worden opgepast dat er vanuit de wetgever niet alleen óf naar het milieubelang wordt gekeken, óf alleen naar de belangen van het bedrijfsleven. Bedrijfsovernames en grondtransacties moeten niet onnodig

worden vertraagd vanwege milieurechtelijke verplichtingen, en niet alle schulden aanzien van historisch veroorzaakte milieuverontreiniging moet volledig bij het bedrijfsleven worden gelegd. Er is mijns inziens sprake van een collectieve maatschappelijke schuld voor zover het milieuverontreiniging veroorzaakt in het verleden betreft. Het kan daarom onredelijk zijn om die schuld met terugwerkende kracht op slechts enkele bedrijven of bedrijfstakken te leggen. Anderzijds kan het niet zo zijn dat de overheid, en daarmee indirect de belastingbetalende burgers, moet betalen voor historisch veroorzaakte (bodem)verontreiniging, zonder dat ook het bedrijfsleven verantwoordelijkheid dienaangaande draagt. Anders zouden de veroorzakers van de verontreiniging en hun mogelijke rechtsopvolgers immers té gemakkelijk hun verantwoordelijkheid kunnen ontlopen.

Uiteindelijk zal er naar tussenoplossingen moeten worden gezocht. Er zijn al wettelijke instrumenten op dat vlak in Nederland ontwikkeld. Bijvoorbeeld ten aanzien van bodemverontreiniging: een saneringsplicht voor de niet-veroorzakende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter, die dus ook een eigen belang heeft bij de bodemsanering, mogelijk aangevuld met subsidieverlening. Ook de in de hoofdstukken 4 en 5 ter sprake gekomen zogenaamde transfer triggered environmental acts bieden een oplossing gericht op de praktijk, in dit geval aanhakend bij het moment van overdracht van de grond of van het bedrijf zoals geformuleerd in de desbetreffende wet. Voordeel van een dergelijke wetgevingssystematiek is, zoals gezegd, de integratie tussen een milieurechtelijke verplichting en een civielrechtelijke gebeurtenis, waardoor de effectiviteit wat betreft de naleving van wettelijke verplichtingen wordt verhoogd. Een dergelijke wetgevingssystematiek biedt de verantwoordelijke marktpartijen zelf uiteindelijk ook voordelen. Te noemen zijn de informatieverstrekking ten opzichte van de koper waardoor minder onduidelijkheid ontstaat over de reikwijdte van de mededelings- en onderzoeksplichten van de verkoper respectievelijk de koper. Ook het beschikbaar zijn van geld – te weten de koopsom – zodat geen geld hoeft te worden onttrokken aan de lopende bedrijfsvoering, kan een voordeel zijn. En dergelijke wetgeving biedt partijen op het moment van overdracht of transactie ook duidelijkheid omtrent de milieurechtelijke verplichten ten aanzien van de verplichting tot bodemsanering.

## 10.6 Fondsvorming

Gedacht kan ook worden aan het oprichten van op specifieke bedrijfstakken gerichte fondsen, vergelijk het Amerikaanse Superfund (CERCLA). In dat geval worden via fondsvorming binnen een bepaalde bedrijfstak – in het geval van CERCLA de petrochemische industrie – collectief de milieuproblemen in die sector opgelost. Dergelijke fondsvorming kan politiek gezien gevoelig liggen. Fondsvorming via CERCLA is in de Verenigde Staten uiteindelijk weer afgeschaft in 1995 (zie daarover par. 8.5.2, de zogenaamde Superfund tax is weer afgeschaft). Dan zal moeten worden teruggevallen op algemene belastingmiddelen. Echter, indien het fonds goed wordt beheerd, en de bedrijven ook zoveel mogelijk allen profiteren van de gelden aanwezig in het fonds, zijn bedrijven wellicht bereid om

aan de fondsvorming mee te werken. Bedrijven moeten dan wel duidelijk ook de voordelen van dergelijke fondsvorming kunnen zien.

Verzekering van aansprakelijkheid voor (toekomstige) milieuschade ligt vaak iets ingewikkelder, aangezien een verzekeraar de omvang van de verzekerde schade altijd zal beperken, en er ook bewijstechnische problemen zullen meespelen in het geval er zich milieuschade heeft voorgedaan, of indien deze milieuschade bekend wordt. Bijvoorbeeld: wanneer ontstond de schade aan het milieu, en was de verzekering toen al toepasselijk op deze schadeveroorzakende gebeurtenis? Daarnaast kan het in stand houden van een verzekering voor de verzekerde kostbaar zijn, zeker indien de omvang van de schade vooraf moeilijk voorspelbaar is, en de verzekeraar daarom een hoge verzekeringspremie berekent.

## **10.7 Slot**

In dit boek zijn vele verschillende milieurechtelijke aspecten in het kader van bedrijfsovernames, de overdracht van grond, faillissementssituaties en de verantwoordelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen ter sprake gekomen. Gebleken is dat er op wetgevingsniveau belangrijke verschillen zijn aan te wijzen in het begrippenkader van enerzijds het milieu- en bestuursrecht, en anderzijds het privaatrecht. De verschillende wetten zouden beter op elkaar kunnen worden afgestemd. Daarbij past een wetsystematiek waarbij sprake is van een environmental transfer trigger. Met andere woorden, een wetsysteem waarbij een milieurechtelijke verplichting wordt gekoppeld aan een civielrechtelijke overdracht zoals geformuleerd in een transfer triggered milieuwet. Een dergelijke wetstelsel past ook goed in het kader van de kwalitatieve verantwoordelijkstelling van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters, zoals toepasselijk in de huidige Wbb (art. 55b Wbb en art. 46 Wbb). Immers, op de verkopende eigenaar of erfpachter, of op de koper, rust een onderzoeks- en saneringsplicht, ongeacht of hij de veroorzaker is van de verontreiniging. Als sluitstuk zou gedacht kunnen worden aan fondsvorming, waarbij er collectief door het bedrijfsleven wordt bijgedragen aan het oplossen van bijvoorbeeld bodem- en waterverontreiniging. In het privaatrecht zijn er vele contractuele oplossingen mogelijk, waarbij de contractspartijen de aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid voor milieuschade onderling contractueel kunnen verdelen.

## 11 | Samenvatting

In dit boek is steeds per hoofdstuk een specifiek onderzoeksthema besproken en geanalyseerd:

- de inrichting en het drijverschap over de inrichting in de zin van de Wm (hoofdstuk 2);
- bodemverontreiniging en verantwoordelijkstelling en aansprakelijkstelling voor het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering (hoofdstuk 3);
- de in sommige Amerikaanse staten en in Vlaanderen toepasselijk zijnde zogenaamde transfer triggered environmental acts (hoofdstukken 4 en 5);
- verontreiniging van oppervlaktewater en emissiehandel (hoofdstuk 6); en
- contractuele aspecten met betrekking tot milieu(rechtelijke) onderwerpen en bedrijfsovernames (hoofdstuk 7).

In de laatste twee hoofdstukken van dit boek is ingegaan op twee onderwerpen die niet specifiek betrekking hebben op bedrijfsovernames, maar die zich wel duidelijk op het snijvlak van enerzijds het milieu- en bestuursrecht, en anderzijds het privaatrecht bevinden:

- bestuursrechtelijke verantwoordelijkstelling en privaatrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders en (enig of groot) aandeelhouders van een rechtspersoon vanwege overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften en milieuverontreiniging waarvoor primair de rechtspersoon verantwoordelijk of aansprakelijk is (hoofdstuk 8); en
- de rol van de faillissementscurator ten aanzien van de naleving van milieu(vergunnings)voorschriften geldende ten opzichte van de faillissementsboedel, de rol van het handhavende en kostenverhaal zoekende bevoegd gezag in faillissementssituaties, en de mogelijkheden tot financiële zekerheidstelling ten gunste van het bevoegd gezag in het kader van de nakoming van milieurechtelijke verplichtingen (hoofdstuk 9).



### **11.1 Het begrip inrichting in de zin van de Wm, het drijverschap over de inrichting en bedrijfsovernames (hoofdstuk 2)**

#### **Het begrip één inrichting**

In hoofdstuk 2 is de vraag aan de orde gekomen wanneer er precies sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Daarbij bleek met name de organisatorische binding, de bestuursrechter spreekt vaak over zeggenschap, tussen de installaties van belang. De beantwoording van de vraag of er sprake is van één of meerdere inrichtingen is van belang in het kader van de beoordeling van de vraag welke milieu(vergunnings)voorschriften gelden voor de installaties en gebouwen die tezamen één inrichting in de zin van de Wm vormen. Deze vraag is in hoofdstuk 2 geanalyseerd in verband met de aanwezigheid van civielrechtelijke rechtsverhoudingen, zoals rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, maar ook contractuele verhoudingen, bijvoorbeeld een huurovereenkomst. Rechtspersoonrechtelijke en contractuele verhoudingen zijn namelijk mede van belang voor de beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm. Er is dus met betrekking tot dit onderwerp een connectie tussen het privaatrecht en het milieurecht.

Mijn conclusie is dat het begrip één inrichting in de Wm bij de vergunningaanpassing, vergunningverlening en gedeeltelijke intrekking van de vergunning aansluiting zou moeten vinden bij de door een civielrechtelijke transactie gewijzigde omstandigheden. Bijvoorbeeld in geval van een gedeeltelijke activa/passivatransactie of een juridische fusie of (af)splitsing. Het zou dan voor de partijen betrokken bij de transactie gemakkelijk moeten zijn om op grond van art. 8.24 Wm en art. 8.26 Wm de bestaande Wm-vergunning te laten wijzigen of intrekken. Daarbij zou tevens de openbare voorbereidingsprocedure vervangen kunnen worden door een gewone voorbereidingsprocedure, zie de afdelingen 4.1.2 en 4.1.3 van de Awb. Dit mits de partijen betrokken bij de transactie verplicht zijn om alle gegevens over te leggen waaruit blijkt wie na het plaatsvinden van de transactie (overdracht) de zeggenschap heeft over de inrichting.

Opmerking verdient dat vanwege de invoering van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer per 1 januari 2008 voor veel Wm-inrichtingen algemene milieuregels toepasselijk zijn, tenzij zij daarvan zijn uitgezonderd. Alleen in dat laatste geval zijn de inrichtingen nog Wm-vergunningplichtig. Dit betekent niet dat het begrip één of meerdere inrichtingen in de zin van de Wm dan niet meer van belang is ter beoordeling van de vraag welke algemene regels voor de desbetreffende inrichting gelden, en tot wie deze regels zich richten. Zowel het inrichtingenbegrip als het drijverschapscriterium blijft derhalve van belang voor de praktijk, en beide zullen mede worden ingekleurd op grond van rechtspersoonrechtelijke en contractuele verhoudingen.

De zinsnede ‘tot eenzelfde onderneming (...) behorende installaties’ van de definitie van de inrichting in art. 1.1 lid 4 Wm zou een grotere rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag wie als drijver van één inrichting is te beschouwen. De rechtspersoonrechtelijke verhoudingen bepalen immers vaak wie zeggenschap – het leidende beginsel in de jurisprudentie ter beoordeling van de vraag wie als drijver van de inrichting is te beschouwen – uitoefent over de (on)roerende zaken (de installaties) die tezamen één inrichting in de zin van de Wm vormen. Resultaat van deze benadering zou zijn, hetgeen overigens ook nu al vaak het geval is, dat de civielrechtelijke praktijk waarin wordt gehandeld via rechtspersonen, aansluit bij de beoordeling wie als drijver van één inrichting in de zin van de Wm is aan te duiden.

#### *Drijverschap over de inrichting*

Het drijverschap over de inrichting zal dus vaak voortvloeien uit rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, zoals BV’s en NV’s, of uit de positie van bestuurder of enig of groot aandeelhouder van de rechtspersoon (zie ook par. 11.7).

#### *Contractuele verhoudingen*

Ook andere privaatrechtelijke rechtsverhoudingen zoals huur, vruchtgebruik, opstalrecht en erfpachtrecht worden, afhankelijk van de contractuele bepalingen en de feitelijke omstandigheden van het geval, vaak door de bestuursrechter en het bevoegd gezag betrokken bij beantwoording van de vraag wie als drijver van de inrichting is aan te merken. Contractspartijen kunnen hierop anticiperen door, bijvoorbeeld in geval van huur, duidelijk vast te leggen wie zeggenschap heeft over het gehuurde, en wie daarom als drijver van de inrichting is aan te duiden.

Ook uit andere contractuele verhoudingen dan voornoemde kan zeggenschap over de inrichting, en dus drijverschap over de inrichting, voortvloeien. Denk bijvoorbeeld aan onderhouds- of gebruiksovereenkomsten. Een onderhoudsovereenkomst wordt in het kader van een bedrijfsovername bijvoorbeeld afgesloten omdat alleen de verkoper de kennis en kunde heeft om de verkochte installaties te onderhouden. Contractspartijen zullen in die gevallen duidelijk contractueel moeten vastleggen welke bevoegdheden, verantwoordelijkheden en dús zeggenschap diegene die het onderhoud uitvoert heeft over de (on)roerende zaken (installaties) die tezamen de inrichting in de zin van de Wm vormen.

In geval van de toepasselijkheid van een gebruiksovereenkomst geldt dat het eveneens onduidelijk kan zijn wie zeggenschap over de inrichting heeft. Alleen diegene die gebruikt, of ook de eigenaar, of beiden? Kortom, ook in die gevallen moeten contractspartijen duidelijk contractueel vastleggen wie als drijver van de inrichting is te beschouwen. De contractuele bepalingen zullen niet altijd een doorslaggevende factor zijn bij het oordeel wie als drijver van de inrichting is aan

te wijzen, maar zijn wel een belangrijke indicatie voor het bevoegd gezag en de bestuursrechter.

Bijzonder is soms ook de positie van een financier/kredietverschaffer, zoals een bank. Het is niet ondenkbaar dat zij in een bepaalde zeggenschapsverhouding tot haar lener komt te staan, zodat geoordeeld kan worden dat zij als drijver van de inrichting, primair gedreven door de lener, kan worden beschouwd. In de federale aansprakelijkheidswet CERCLA is in 1996 een specifieke bepaling opgenomen, zodat kredietverschaffers niet eenvoudig onder CERCLA aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de activiteiten verricht binnen de facility gedreven door lener (zie par. 8.5.7).

Vaak is er in het geval van een bedrijfsovername sprake van een overgangs- of transitieperiode, waarbij zowel de rechtsvoorganger als de rechtsopvolger is betrokken bij de bedrijfsvoering binnen de verkochte onderneming/inrichting. Zij hebben dan beiden zeggenschap over de activiteiten verricht binnen die inrichting. De vraag is dan soms wie in dat soort gevallen als drijver van de inrichting is te beschouwen. Contractspartijen zullen hier rekening mee moeten houden. Immers, in geval van drijverschap over de inrichting, is de drijver in het algemeen ook te beschouwen als overtreder van de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften, hetgeen dus – afhankelijk van de bedoeling van de contractspartijen – ongewenste financiële consequenties voor de rechtsopvolger kan hebben.

### **Handhaving van milieu(vergunnings)voorschriften**

Een andere situatie is die waarin door het bevoegd gezag moet worden gehandhaafd vanwege overtreding van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften. In geval van het opleggen van een last onder dwangsom gaat het om de vraag wie het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen. Indien er sprake is van kostenverhaal ná door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang, dienen deze kosten te worden verhaald op de overtreder. Dit is een potentieel kleinere groep in vergelijking met de groep die het in zijn macht heeft om een bepaalde overtreding te beëindigen. Dat kan immers ook een niet-overtreder zijn.

Bij het verantwoordelijk houden in het kader van de handhaving van milieu(vergunnings)voorschriften ligt de nadruk op de effectiviteit van de handhaving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften: er moet iemand verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Dit aspect komt vooral terug in geval van het opleggen van een last onder dwangsom. In geval van overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften en de handhaving is het effectiever om niet alleen strikt aansluiting te zoeken bij rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, maar om ook naar andere omstandigheden te kijken. Desalniettemin zal ook hier gelden dat het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen vaak zal samenvallen met

rechtspersoonrechtelijke verhoudingen, zoals bestuurders- en aandeelhoudersposities in de rechtspersoon, en contractuele verhoudingen.

## **11.2 Het verantwoordelijk stellen met betrekking tot de sanering van bodemverontreiniging en het uitvoeren van een bodemonderzoek (hoofdstuk 3)**

### **De uit de wet voortvloeiende bodemsaneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van grond (art. 55a Wbb en art. 55b Wbb)**

Sinds 1 januari 2006 bestaat er een uit de Wbb voortvloeiende kwalitatieve saneringsplicht voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van grond, zie art. 55b Wbb. Ik noem deze wettelijke saneringsplicht een kwalitatieve plicht, aangezien deze plicht komt te rusten op de (rechts)persoon in zijn kwaliteit – dat wil zeggen in zijn hoedanigheid – van bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de grond. Deze wettelijke kwalitatieve saneringsplicht is door de wetgever ingevoerd om het aantal in Nederland uit te voeren bodemsaneringen te verhogen, en om lastige gerechtelijke procedures met betrekking tot het opleggen van een bodemsaneringsbevel (art. 46 Wbb) en kostenverhaalsacties van de bodemsanerende overheid (art. 75 Wbb) te voorkomen.

In art. 55b lid 3 Wbb is een regeling opgenomen die van belang is in het kader van de overdracht van grond waarop een wettelijke saneringsplicht rust: in geval van de overdracht van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht blijft de saneringsplicht mede rusten op de rechtsvoorganger. De saneringsplicht vervalt pas op het moment dat de rechtsopvolger voldoende financiële zekerheid heeft gesteld voor de saneringskosten, en er door het bevoegd gezag met deze wijze van financiële zekerheidstelling is ingestemd. Dit is een bepaling die ook van belang is ten tijde van een bedrijfsovername, in het bijzonder in het kader van een activa/passiva-transactie waarbij het actief ‘grond’ apart moet worden overgedragen aan de nieuwe eigenaar of erfpachter. Dan zullen de partijen betrokken bij de transactie onderling een regeling moeten treffen. Zolang de koper immers nog geen door het bevoegd gezag goedgekeurde financiële zekerheid stelt, blijft de verkoper mede verantwoordelijk voor de bodemsanering.

Deze beperkte regeling ten aanzien van financiële zekerheidstelling en de overdracht van verontreinigde grond waarop een wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb rust, zeg maar een beperkte environmental transfer trigger, is echter niet waterdicht, en wel vanwege de volgende redenen:

- De term overdracht van het eigendomsrecht of het erfpachtrecht ten aanzien van de grond is niet specifiek gedefinieerd in art. 55b lid 3 Wbb, en zal daarom vooralsnog privaatrechtelijk moeten worden uitgelegd. Een aandelenoverdracht, economische eigendomsoverdracht en een rechtsopvolging onder algemene titel vallen bijvoorbeeld vooralsnog niet onder de term overdracht in de

zin van art. 55b lid 3 Wbb. Een mogelijkheid is om de term overdracht, of beter nog de term transactie, ter onderscheiding van de in het BW gedefinieerde term overdracht (art. 3:83 BW), specifiek in de Wbb te definiëren. Dit zal de reikwijdte van de wettelijke regeling vergroten. De nieuwe wettelijke definitie in de Wbb met betrekking tot transactie zou bijvoorbeeld zo kunnen worden geformuleerd, dat daaronder ook een aandelentransactie of rechtsopvolging onder algemene titel valt. Daarbij zou de regeling ook uitgebreid kunnen worden tot een complete transfer triggered environmental act, zoals besproken in hoofdstuk 5 en in par. 11.3 hierna.

- De regeling bevat geen formeel vereiste waarbij het bevoegd gezag op de hoogte moet worden gesteld van de overdracht. Om dit hiaat te ondervangen zou gedacht kunnen worden aan het verplicht ondertekenen van een standaardverklaring door de partijen betrokken bij de overdracht of transactie, welke verklaring moet worden toegezonden aan het bevoegd gezag, zodat het bevoegd gezag automatisch op de hoogte wordt gesteld van de overdracht of transactie.
- Denkbaar is dat in dit verband ook een rol aan de notaris betrokken bij de overdracht van de grond wordt toebedeeld. De notaris zou bijvoorbeeld de partijen betrokken bij de overdracht op de hoogte kunnen stellen van de toepasselijkheid van art. 55b lid 3 Wbb.
- De wettelijke saneringsplicht gaat pas gelden vanaf het moment dat het bevoegd gezag een beschikking ex art. 29 Wbb en art. 37 Wbb heeft genomen. Er is dus geen sprake van een onderzoeks- en saneringsverplichting alleen vanwege de overdracht van de grond. Een dergelijk systeem bestaat wél in enkele staten binnen de Verenigde Staten en in Vlaanderen. Voordeel van een dergelijke wetsystematiek is dat de overdracht of transactie de milieurechtelijke verplichtingen automatisch toepasselijk doet zijn, en er niet eerst een beschikking door het bevoegd gezag dienaangaande hoeft te worden genomen. Dergelijke wetgeving is, met andere woorden, automatisch toepasselijk in het geval van een bepaalde civielrechtelijke gebeurtenis (de overdracht of transactie zoals gedefinieerd in de wet).

Een aparte regeling kan worden opgenomen in geval van ontbinding en vereffening van de rechtspersoon waarop een wettelijke saneringsplicht op grond van art. 55b Wbb rust. Er kan bijvoorbeeld worden bepaald dat ook het bevoegd gezag in dergelijke gevallen in verzet moet kunnen komen tegen de rekening en verantwoording en het plan van verdeling van de vereffenaar. Een andere oplossing is om in de Wbb een bepaling op te nemen waardoor de vereffenaar wordt verplicht in overleg te treden met het bevoegd gezag, en er op dat moment (verplicht) afspraken moeten worden gemaakt met betrekking tot de uit te voeren saneringswerkzaamheden, waarbij er ten gunste van het bevoegd gezag financiële zekerheid dienaangaande moet worden gesteld.

In hoofdstuk 3 is ook geconcludeerd dat de rechtsvoorganger belanghebbende zou moeten zijn bij de beschikking van het bevoegd gezag tot instemming of afwijzing van de financiële zekerheidstelling door de opvolgende bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter (art. 55b lid 3 Wbb). In geval van een afwijzing raakt dit besluit immers de rechtsvoorganger. Op de rechtsvoorganger blijft mede de wettelijke saneringsplicht rusten tot het moment dat het bevoegd gezag heeft ingestemd met de wijze van financiële zekerheidstelling door de rechtsopvolger.

### **Het (water)bodemsaneringsbevel voor de niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter; art. 63k Wbb en art. 46 Wbb**

Het bodemsaneringsbevel ten aanzien van onschuldige eigenaren en erfpachters zoals vastgelegd in art. 46 Wbb geldt sinds de invoering van de art. 55a Wbb en art. 55b Wbb niet meer ten aanzien van bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters van grond. De bepalingen in art. 63k Wbb met betrekking tot het waterbodemsaneringsbevel gelden nog wel voor alle eigenaren en erfpachters van waterbodems, dus ook voor bedrijfsmatige eigenaren en erfpachters.

Ter afwering van het opgelegd krijgen van een (water)bodemsaneringsbevel kan de eigenaar of erfpachter van de verontreinigde grond via artikel 63k Wbb en art. 46 Wbb stellen dat hij onschuldig is. Hij moet dan kunnen aantonen dat:

- (1) hij geen duurzame rechtsbetrekking heeft gehad met de veroorzaker(s) van de bodemverontreiniging;
- (2) hij geen directe of indirecte betrokkenheid bij de veroorzaking van de bodemverontreiniging heeft gehad; en
- (3) hij op het moment van verkrijging of verwerving van het recht op het perceel grond niet op de hoogte was, of niet op de hoogte kon zijn, van de bodemverontreiniging.

Deze drie cumulatieve disculpatiegronden kunnen betrekking hebben op situaties waarin sprake is van bedrijfsovernames. Deze disculpatiegronden kunnen, in het kader van bedrijfsovernames, tot discussie tussen de eigenaar of erfpachter en het saneringsbevel opleggende bevoegd gezag leiden. Mede daarom is de wettelijke saneringsplicht ex art. 55b Wbb door de wetgever ingevoerd. In geval van de toepasselijkheid van een wettelijke saneringsplicht gelden namelijk géén disculpatiegronden voor de verantwoordelijke niet-veroorzakende eigenaar of erfpachter van de verontreinigde grond. Wél spelen dezelfde aspecten een rol bij de beoordeling of, en zo ja hoe hoog, de eventueel van overheidswege te verstrekken subsidie is. Aangezien het dan om de voorwaarden voor een subsidieverlening gaat, en niet om een verantwoordelijk- of aansprakelijkstelling, kan de subsidieverlenende overheid gemakkelijker haar eigen regels vaststellen.

**Europese ontwikkelingen: beperkte environmental transfer trigger in het voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem**

Op Europees niveau is er in september 2006 door de Europese Commissie een voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem gedaan. Het is thans nog onduidelijk of deze Kaderrichtlijn ooit wordt ingevoerd, aangezien een aantal Europese Lidstaten tegen de invoering van de voorgestelde richtlijn zijn.

Dit voorstel bevat een interessant aspect met betrekking tot de verplichting tot het uitvoeren van een bodemonderzoek op het moment van verkoop van de grond. Dit element kan ook van belang zijn in het geval van een bedrijfsovername, bijvoorbeeld in geval van een activa/passivatransactie. De voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem introduceert hiermee een beperkte environmental transfer trigger. Indien bepaalde categorieën terreinen worden verkocht, de voorgestelde Kaderrichtlijn Bodem spreekt over een 'site to be sold', moet de verkoper of de potentiële koper een bodemrapport opstellen ('soil status report'), en dit rapport overleggen aan het bevoegd gezag en de andere partij betrokken bij de verkoop. Deze beperkte environmental transfer trigger heeft dus een informatieve functie naar het bevoegd gezag toe, maar brengt tevens met zich mee dat de koper op de hoogte wordt gesteld van eventuele verontreiniging van de over te dragen grond.

In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat de zinsnede 'a site to be sold' beter gedefinieerd zal moeten worden in de eventuele nationale implementatiewetgeving van de lidstaten van de Europese Unie. Dit ter voorkoming van onduidelijkheid ten aanzien van de beantwoording van de vraag wanneer de verplichting tot het opstellen van een bodemrapport precies geldt. Tevens is geconcludeerd dat het onredelijk kan zijn om deze plicht ook op de potentiële koper te laten rusten. De potentiële koper kan immers alsnog van de koop afzien en dan onnodig onderzoekskosten hebben gemaakt.

Daarnaast voorziet de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem in de invoering van een zogenaamde gecertificeerde milieudeskundige die het desbetreffende bodemonderzoek uitvoert. Het voorstel laat in het midden of het bodemonderzoek door een private persoon of instelling moet worden verricht, dan wel door een persoon in dienst van de overheid of door een aan de overheid gelieerde instelling. Een soortgelijk systeem van gecertificeerde milieudeskundigen wordt al gehanteerd in bijvoorbeeld de Amerikaanse staat Connecticut, waar een LEP bodemonderzoeks- en bodemsaneringswerkzaamheden verricht, dan wel daarop toezicht houdt in het kader van de in de staat Connecticut toepasselijke Transfer Act. In Vlaanderen bestaat de zogenaamde bodemsaneringsdeskundige, die namens de overheid en de Openbare Vlaamse Afvalstoffenmaatschappij (de OVAM, een aan de overheid gelieerde maatschappij) allerlei (toezicht houdende) werkzaamheden verricht in het kader van het Vlaams Bodemdecreet. Zie de hoofdstukken 4 en 5.

**Verhaalsacties door de sanerende overheid: onrechtmatige daad en onrechtvaardigde verrijking (art. 75 Wbb)**

Met de invoering van art. 55a Wbb en art. 55b Wbb is de mogelijkheid tot verhaal van saneringskosten gemaakt door het bevoegd gezag op de veroorzaker of op de door de bodemsanering van overheidswege onrechtvaardigd verrijkte niet-veroorzaker minder belangrijk geworden. De mogelijke verhaalsacties van het sanerende bevoegd gezag op grond van art. 75 Wbb hebben dus steeds meer een vangnetfunctie voor die gevallen waarin geen wettelijke bodemsaneringsplicht kan worden opgelegd aan de bedrijfsmatige eigenaar of erfpachter van de verontreinigde grond. Er is in hoofdstuk 3 geconcludeerd dat de onrechtvaardigde verrijkingsactie in beginsel niet subsidiair of achtergesteld is te noemen ten aanzien van de onrechtmatige daadsactie van het bevoegd gezag. Het is wel redelijk om van het bodemsanerende en kostenverhaal zoekende bevoegd gezag te verlangen dat het eerst nagaat of verhaal op de onrechtmatige veroorzaker van de bodemverontreiniging mogelijk is.

De door de overheid in geval van een onrechtvaardigde verrijkingsactie gehanteerde zogenaamde abstracte schadeberekening, waarbij alleen wordt gekeken naar de waarde stijging van de grond voor en na de van overheidswege uitgevoerde bodemsanering, staat in de jurisprudentie nog ter discussie. De rechter betreft bij de berekening van de hoogte van de onrechtvaardigde verrijking soms de destijds door de onrechtvaardigd verrijkte betaalde koopprijs, en ook de vraag of de onrechtvaardigd verrijkte al dan niet heeft samengespannen met de veroorzakende verkoper.

**11.3      Introductie van een zogenaamde transfer trigger in het milieurecht/bodembeschermingsrecht en de Licensed Environmental Professional (hoofdstukken 4 en 5)**

In het kader van dit promotieonderzoek is in de Verenigde Staten onderzoek verricht naar enkele op statelijk niveau toepasselijk specifieke miliewetten: de al eerder genoemde zogenaamde transfer triggered environmental acts. Het bijzondere van dit soort van wetgeving is dat het een bepaalde privaatrechtelijke gebeurtenis – een transfer (overdracht) zoals gedefinieerd in de desbetreffende wet – koppelt aan de verplichting tot het uitvoeren van een bodemonderzoek, de verplichting tot mededeling van de rechtsvoorganger aan de rechtsopvolger wat betreft de (eventuele) aanwezigheid van bodemverontreiniging, en soms de verplichting tot het uitvoeren van een bodemsanering. Zie hier de bijzondere connectie tussen enerzijds bedrijfsovernames en grondtransacties, en anderzijds milieurechtelijke verplichtingen. Dit soort wetgeving heeft precies betrekking op het algemene onderzoeksthema van dit proefschriftonderzoek: milieurechtelijke verplichtingen worden gekoppeld aan het moment waarop een bedrijfsovername of grondtransactie plaatsvindt. Ook in Vlaanderen is sinds 1995 soortgelijke wetgeving toepasselijk: het Vlaams Bodemdecreet (zie daarover par. 4.9).



Doel van deze specifieke aan privaatrechtelijke transacties gekoppelde milieuwetgeving is vooral om het aantal uit te voeren bodemonderzoeken en bodemsaneringen te vergroten. Dergelijke wetgeving is dus ook op efficiency gericht: hoe kan ervoor worden gezorgd dat private partijen worden verplicht om op een bepaald moment over te gaan tot het uitvoeren van bodemonderzoek en bodemsanering, zonder dat daarbij de lopende bedrijfsvoering al te zeer financieel wordt belast? De wetgevers in enkele staten in de Verenigde Staten zijn in de jaren '80 van de twintigste eeuw – op een moment dat het onderwerp milieuverontreiniging nadrukkelijk maatschappelijke aandacht begon te krijgen – op het innovatieve idee gekomen om deze milieurechtelijke verplichtingen te koppelen aan het moment dat een privaatrechtelijke transactie plaatsvindt. De meest vergaande transfer triggered environmental acts zijn te vinden in de Amerikaanse staat New Jersey (ISRA), gevolgd door de Amerikaanse staat Connecticut (Transfer Act). In enkele andere Amerikaanse staten zijn alleen wettelijke mededelingsplichten toepasselijk. Bijvoorbeeld in de Amerikaanse staten California en Indiana.

Er is in de hoofdstukken 4 en 5 van dit boek geconstateerd dat er een aantal voor- en nadelen aan dit soort van wetgeving kleven. De mogelijke voor- en nadelen van een transfer triggered environmental act zoals toepasselijk in de Amerikaanse staten New Jersey en Connecticut en in Vlaanderen zijn als volgt samen te vatten.

Mogelijke voordelen:

- (a) De rechtsopvolger wordt door de rechtsvoorganger geïnformeerd over de mogelijke aanwezigheid van bodemverontreiniging op het moment dat de overdracht of transactie (transfer) plaatsvindt. Het is dan niet meer nodig om civielrechtelijk de mededelings- en onderzoeksplichten rustende op de rechtsvoorganger en de rechtsopvolger op dit punt vast te stellen. De rechtsvoorganger moet onderzoek naar de bodemgesteldheid verrichten, en de eventuele aanwezigheid van bodemverontreiniging in het verkochte aan de rechtsopvolger mededelen. Dit verhoogt de rechtszekerheid voor partijen betrokken bij de transactie.
- (b) Een transfer triggered environmental act bewerkstelligt een meer effectieve aanpak van het probleem 'bodemverontreiniging', aangezien de wet automatisch toepasselijk is in geval van het plaatsvinden van een privaatrechtelijke transactie. De bij de transactie betrokken partijen hebben er dan een rechtstreeks belang bij om het geconstateerde probleem van bodemverontreiniging op te lossen.
- (c) De koppeling van een onderzoeks- en saneringsplicht en een transactie bewerkstelligt dat er geld beschikbaar is dat aangewend kan worden ten behoeve van eventuele kosten voor bodemsanering, namelijk de koopsom. Er hoeft dan, althans niet op grond van de transfer triggered environmental act, niet tussentijds geld te worden onttrokken aan de lopende bedrijfsvoering van de onderneming.
- (d) Het bevoegd gezag hoeft geen apart besluit meer te nemen waaruit een bodemsaneringsplicht voortvloeit. De wet is automatisch toepasselijk in geval van een in de wet omschreven transactie of verwerving. Het bevoegd gezag hoeft

daarom ook geen moeilijke afweging met andere belangen, zoals het belang van het behoud van de werkgelegenheid in de desbetreffende gemeente of provincie, te maken.

- (e) Het bevoegd gezag wordt via het uitgevoerde bodemonderzoek automatisch op de hoogte gesteld van de bodemgesteldheid.
- (f) Er komt met betrekking tot de overgedragen percelen steeds meer informatie beschikbaar ten aanzien van de bodemgesteldheid.

Mogelijke nadelen:

- (a) De mogelijke stagnatie op de onroerend goed markt vanwege de toepasselijkheid van een transfer triggered environmental act, met als gevolg moeilijk verkoopbare percelen, en het wegtrekken van bedrijvigheid uit het land waar deze transfer triggered milieuwetgeving toepasselijk is.
- (b) Een toenemende bureaucratisering, aangezien de transactie wordt gekoppeld aan een milieurechtelijke verplichting. Deze bureaucratisering – bijvoorbeeld omdat de onderzoeksresultaten en de saneringsplannen eerst door het bevoegd gezag moeten worden goedgekeurd alvorens de transactie doorgang kan vinden – kan worden voorkomen door middel van het opnemen van flexibele procedures in de wet, die het proces van goedkeuring door het bevoegd gezag versnellen. Dergelijke procedures zijn terug te vinden in New Jersey's ISRA, Connecticut's Transfer Act en het Vlaams Bodemdecreet.
- (c) Indien de term overdracht of transactie niet goed is gedefinieerd in de transfer triggered environmental act, kan dit tot problemen en verwarring leiden in de praktijk. De wettelijke definities dienen derhalve goed doordacht en geformuleerd te zijn.
- (d) Het probleem van brownfields – dat wil zeggen voormalige bedrijfsterreinen die onverkoopbaar zijn vanwege de aanwezigheid van ernstige bodemverontreiniging – wordt niet opgelost via de invoering van een transfer triggered environmental act. Daarvoor zal een aparte regeling in de wet moeten worden opgenomen, aangevuld met bijvoorbeeld een subsidieregeling. Een transfer triggered environmental act heeft daarom per definitie een aanvullend karakter op bestaande milieu- en bodembeschermingswetgeving, en kan niet alleen het probleem van ernstige bodemverontreiniging oplossen.

De wetgever kan de partijen betrokken bij de transactie de nodige flexibiliteit gunnen door bijvoorbeeld aan hen de mogelijkheid te bieden om af te spreken wie de verplichtingen voortvloeiende uit deze wetgeving na moet komen. Eventueel kan een derde deze verplichtingen op zich nemen, bijvoorbeeld een moedermaatschappij van de koper of verkoper, of een bedrijf gespecialiseerd in bodemsanering en die daartoe opdracht heeft gekregen.

**Environmental transfer trigger toepasselijk buiten situaties van bodemonderzoek en bodemsanering?**

Het is denkbaar om de transfer trigger ook te laten gelden ten aanzien van andere milieu(rechtelijke) aspecten verbonden aan de over te dragen onderneming/(on)roerende zaken, bijvoorbeeld ten aanzien van de overgang van de toepasselijke vergunningen.<sup>1</sup> Echter, juist de Wm-vergunning en ook de algemene milieuregels gaan automatisch gelden voor de nieuwe drijver van de inrichting. Er dient soms alleen een melding plaats te vinden richting het bevoegd gezag. Het huidige wettelijke systeem is dus gemakkelijk en goed uitvoerbaar.

Het invoeren van een verplicht onderzoek naar de aanwezigheid van asbest en het verplicht openbaren van de resultaten van een dergelijk onderzoek aan de rechtsopvolger zou in het geval van de overdracht van gebouwen het overwegen waard zijn. Dit gezien de mogelijk ernstige gevaren voor de volksgezondheid die voort kunnen vloeien uit de aanwezigheid van asbest in gebouwen.

**LEP oftewel een gecertificeerde milieudeskundige**

Het toezicht op de nakoming van milieurechtelijke verplichtingen in het algemeen – en het uitvoeren van een bodemonderzoek en een bodemsanering in het bijzonder – kan worden geprivatiseerd in die zin, dat niet de ambtenaren in dienst van het bevoegd gezag, maar private gecertificeerde milieudeskundigen worden ingeschakeld.<sup>2</sup> Dit verlaagt de werkbelasting van het bevoegd gezag. Vaak is ook niet alle deskundigheid aanwezig binnen het bevoegd gezag.

In de staat Connecticut is al de nodige ervaring opgedaan met het inschakelen van zogenaamde LEPs in het kader van de naleving van de wettelijke verplichtingen voortvloeiende uit de Transfer Act. De taak, deskundigheid, mate van opleiding en bevoegdheden zullen dan wel duidelijk in een wettelijke regeling moeten worden vastgelegd, hetgeen ook is gebeurd in Connecticut's Transfer Act. Daarbij valt tevens te denken aan – evenals het geval is in de staat Connecticut – een verplicht toelatingsexamen en een minimum aantal vast te stellen ervaringsjaren van de toegelaten gecertificeerde milieudeskundige. Ook in het Vlaams Bodemreglement zijn diverse vereisten opgenomen die betrekking hebben op de bodemsaneringsdeskundige, werkzaam in het kader van het Vlaams Bodemreglement.

---

1 Vergelijk de gedachtegang dienaangaande van M.B. Gerrard, 'A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance', in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435.

2 Zie in deze zin ook: N.S.J. Koeman, 'Rechtsbescherming en handhaving van milieurecht', in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, p. 7-8.

Voorkomen zal moeten worden dat steeds dezelfde LEPs worden ingeschakeld door marktpartijen. Ter voorkoming dat steeds dezelfde milieudeskundigen worden ingeschakeld, die daardoor een soort van monopoliepositie zouden krijgen, kan een roulatiesysteem of een lotingsysteem worden ingevoerd. Ook zou een vast tarief kunnen worden afgesproken, zodat alle gecertificeerde milieudeskundigen op dat vlak gelijkwaardig aan elkaar zijn. Er zal tevens een regeling moeten worden getroffen ten aanzien van de mogelijke aansprakelijkstelling van LEPs. Wat betreft de mogelijke aansprakelijkstelling van een LEP vanwege het niet goed uitvoeren van (het toezicht op) het bodemonderzoek en de bodemsanering, kan een wettelijke limitering worden opgenomen, en/of kan worden bepaald dat de LEP alleen namens/in dienst van een rechtspersoon mag handelen, en afdoende verzekerd is in geval van mogelijke aansprakelijkstelling.

Probleem is dat een LEP (gecertificeerde milieudeskundige) tussen twee verschillende belangen in kan komen te staan: enerzijds houdt hij toezicht op de nakoming van wettelijke verplichtingen namens het bevoegd gezag, anderzijds wordt hij betaald door een private opdrachtgever. De belangen van de private opdrachtgever kunnen anders liggen dan de belangen van het bevoegd gezag. Er zal dus wél een bepaald toezicht op de LEP moeten worden gehouden vanuit het bevoegd gezag. In de staat Connecticut zijn de ervaringen met LEPs tot op heden positief te noemen, zo bleek uit enige interviews gehouden in het kader van dit promotieonderzoek in de staat Connecticut. Het is daarnaast overigens raadzaam om de mogelijkheid tot inschakeling van een tweede LEP – in het kader van het uitvoeren van een second opinion – in de wet op te nemen.

### **De voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem**

In de voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem is tevens opgenomen dat het ten tijde van een verkoop van de grond verplicht uit te voeren bodemonderzoek moet worden opgesteld door een ‘authorised body or person appointed by the Member State’. Hier wordt een systeem van door de overheid benoemde of goedgekeurde (gecertificeerde) milieudeskundige voorgesteld. Deze deskundige onderzoeker, benoemd en gecertificeerd van overheidswege, dient borg te staan voor een goed en onafhankelijk bodemonderzoek, zo lijkt uit de tekst van het voorstel van een Kaderrichtlijn Bodem te kunnen worden opgemaakt. De voorgestelde Europese Kaderrichtlijn Bodem laat (vooralsnog) in het midden of het onderzoek door een private persoon of instelling, dan wel door een persoon in dienst van de overheid of een aan de overheid gelieerde instelling moet worden uitgevoerd. Binnen Europa is een dergelijke milieudeskundige die een toezichthoudende functie uitoefent namens de overheid ingevoerd in Vlaanderen in het kader van het daar toepasselijke Vlaams Bodemdecreet: de bodemsaneringsdeskundige.

### **Wettelijke mededelingsplicht voor de verkoper**

In plaats van de invoering een transfer triggered environmental act met daarbij een saneringsplicht, kan ook een beperktere wettelijke environmental transfer trigger, die alleen betrekking heeft op een openbaarmakingsplicht van de rechtsvoorganger naar de rechtsopvolger en naar het bevoegd gezag toe, worden ingevoerd. Een dergelijke openbaarmakingsplicht is al in betrekkelijk veel Amerikaanse staten toepasselijk. Vooral de openbaarmakingsplicht op dit gebied toepasselijk in de Amerikaanse staten California en Indiana zijn uitgebreid te noemen.

Een soortgelijke openbaarmakings- én onderzoeksplicht ten aanzien van bodemverontreiniging wordt ook door de Europese Commissie voorgesteld in haar voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem. In dat voorstel lijkt echter de achterliggende gedachte van het verplicht uit te voeren bodemonderzoek door de rechtsvoorganger of de rechtsopvolger primair het informeren van de overheid te zijn. In de toelichting bij dit voorstel wordt opgemerkt dat het uitvoeren van een verplicht bodemonderzoek tevens een informatieve functie heeft ten aanzien van de potentiële koper.

### **11.4 Aansprakelijkheid voor verontreiniging van oppervlaktewater (hoofdstuk 6)**

Met betrekking tot de aansprakelijkstelling voor oppervlaktewaterverontreiniging is vooral het causale verband tussen de veroorzakende handeling en de daardoor veroorzaakte milieu- en vermogensschade vaak moeilijk vast te stellen. Vooral in die gevallen waarin sprake is van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de grond en het grondwater. In dergelijke gevallen van 'sluipenderwijs' ontstane schade is ten eerste het causale verband vaak moeilijk aantoonbaar, en is ten tweede een langer tijdsverloop tussen de veroorzakende handeling en de daardoor ontstane schade mogelijk. Met name dit laatste aspect, het langere tijdsverloop tussen de gebeurtenis en het ontstaan van schade naar aanleiding van die gebeurtenis, betekent dat mogelijke verantwoordelijkstelling of aansprakelijkstelling voor diffuse verontreiniging van oppervlaktewater een rol kan spelen ten tijde van een bedrijfsovername. Op dat moment kan de verantwoordelijk- of aansprakelijkstelling immers liggen nadat de bedrijfsovername heeft plaatsgevonden, maar betrekking hebben op veroorzaking en overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften voor het moment van bedrijfsovername. In geval van directe lozing in het oppervlaktewater zal de schade meestal snel worden opgemerkt, en is het toeval indien dit probleem precies ten tijde van een bedrijfsovername speelt.

Indien er sprake is van diffuse verontreiniging van het oppervlaktewater via de vervuilde grond of het grondwater, kan de niet-veroorzakende huidige eigenaar of erfpachter van de grond wellicht wél voor die gevolgschade verantwoordelijk worden gehouden, omdat hij niet tijdig heeft ingegrepen. Hij had de gevolgschade kunnen voorkomen door tijdig beveiligingsmaatregelen te nemen. Bijvoorbeeld

door een damwand tussen de oever en het oppervlaktewater te maken, of door het tijdig uitvoeren van een bodemsanering. Als wettelijke grondslagen voor een dergelijke plicht tot ongedaanmaking van de (gevolg)schade kunnen bijvoorbeeld dienen art. 1.1a Wm, art. 13 Wbb en art. 6:162 BW.

Ten aanzien van directe lozingen op het oppervlaktewater in strijd met de geldende voorschriften kan de nieuwe eigenaar na een activa/passivatransactie niet verantwoordelijk worden gehouden. Hij is immers niet aan te merken als overtreder. Dit is uiteraard anders in geval van een aandelentransactie en een rechtsopvolging onder algemene titel, zoals een juridische fusie of (af)splitsing.

### **11.5 De emissiehandel en de overdracht van emissierechten (hoofdstuk 6)**

De in 2005 in Nederland gestarte emissiehandel met betrekking tot broeikasgasemissierechten (CO<sub>2</sub>) en NO<sub>x</sub>-emissierechten, heeft een afwijking van de privaatrechtelijke regels met betrekking tot overdracht (art. 3:83 e.v. BW) met zich meegebracht. Daarbij is van het gangbare duale stelsel van overdracht, waarbij in geval van het wegvallen van de titel (bijvoorbeeld koop) ook de overdracht van rechtswege vervalt, afgeweken en is gekozen voor een abstract stelsel. Ook indien de titel bijvoorbeeld wordt vernietigd, blijft de leveringshandeling van de emissierechten en de overdracht in stand. Daarnaast heeft de leveringshandeling een bestuursrechtelijk tintje gekregen, in die zin dat de voor de overdracht vereiste levering plaatsvindt door middel van de af- of bijschrijving in het emissieregister door het bestuur van de Nederlandse Emissieautoriteit.

In geval van een activa/passivatransactie zijn er in dit verband twee aspecten van belang:

- (1) Indien de verkoop van de emissierechten een integraal onderdeel uitmaakt van de koopovereenkomst, zal vernietiging, nietigheid of ontbinding van die koopovereenkomst niet automatisch met zich meebrengen dat ook de geldigheid van de leveringshandeling ten aanzien van de emissierechten (de inschrijving in het emissieregister) vervalt. Dit komt vanwege de afwijking van het gangbare duale stelsel van overdracht. De Nederlandse Emissieautoriteit zal de overschrijving in omgekeerde volgorde moeten bewerkstelligen. Wel ontstaat er een civielrechtelijke plicht tot teruglevering vanwege een onverschuldigde betaling, eventueel aangevuld met verplichtingen voortvloeiende uit tussen contractspartijen overeengekomen contractuele bepalingen.
- (2) Levering van de emissierechten onder voorbehoud is niet mogelijk.

In geval van een juridische fusie of (af)splitsing gaan zowel de rechten als de plichten ten aanzien van de emissierechten van rechtswege over op de verkrijgende rechtspersoon. Echter, de overgang onder algemene titel kan pas werking hebben tegenover derden indien de Nederlandse Emissieautoriteit de verkrijging heeft geregistreerd. De publiekrechtelijke leveringshandeling geeft de overdracht pas

privaatrechtelijk en publiekrechtelijk rechtsgevolg ten opzichte van derden. Ook hier is dus sprake van een afwijking van het gangbare privaatrechtelijke systeem.

Afwijking van het duale privaatrechtelijke systeem van overdracht, en de afwijkende werking richting derden in geval van een overgang onder algemene titel, is te rechtvaardigen vanuit het oogpunt van rechtszekerheid: de levering van de emissierechten kan niet teruggedraaid worden indien de onderliggende titel (koop) vervalt. Marktpartijen kunnen dus vertrouwen op de gegevens opgenomen in het emissieregister.

#### **11.6 Contractuele aspecten ten aanzien van milieu issues in het kader van privaatrechtelijke transacties (hoofdstuk 7)**

In het op de contractspraktijk gerichte hoofdstuk 7 is ingegaan op contractuele aspecten met betrekking tot bodem- en oppervlaktewaterverontreiniging. Daarbij is ook ingegaan op het milieu due diligence onderzoek, onderzoeks- en mededelingsplichten geldende tussen private partijen in geval van verkoop, de huurovereenkomst, de erfpachtrelatie en erfpachtvoorwaarden en het vestigen van een opstalrecht. Er worden verschillende contractuele mogelijkheden besproken en geanalyseerd in dit hoofdstuk. Daarbij worden ook contractuele oplossingen en aanbevelingen voor de praktijk gegeven.

#### **11.7 Het verantwoordelijk stellen van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen in het milieu- en bestuursrecht vergeleken met de aansprakelijkstelling van bestuurders en aandeelhouders van rechtspersonen in het privaatrecht (hoofdstuk 8)**

Ook bestuurders en zelfs enig of groot aandeelhouders van een rechtspersoon kunnen verantwoordelijk worden gehouden voor de naleving van milieu(vergunning)voorschriften die primair gelden voor de rechtspersoon. Het gaat dan om de vraag of de desbetreffende bestuurder en/of aandeelhouder persoonlijk als overtreder is te beschouwen, zodat de kosten ná door het bevoegd gezag uitgeoefende bestuursdwang op de bestuurder en/of aandeelhouder kunnen worden verhaald. Een ander vraag is of een bestuurder en/of aandeelhouder het in zijn macht heeft om een bepaalde overtreding te beëindigen, zodat aan de bestuurder en/of enig aandeelhouder door het bevoegd gezag een last onder dwangsom kan worden opgelegd. Het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen komt meestal overeen met het zeggenschaps criterium waaraan wordt getoetst wie als drijver van de inrichting in de zin van de Wm is te beschouwen. Echter, in geval van een overtreding gaat het om de eventuele persoonlijke betrokkenheid van de bestuurder van de rechtspersoon bij de overtreding. Een bestuurder van een rechtspersoon kan dus soms als overtreder of als diegene die het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen worden aangeduid, terwijl hij ten aanzien van de overtredende activiteit niet als drijver van de inrichting is te beschouwen. Bijvoorbeeld,

indien de overtreding heeft plaatsgevonden buiten de inrichting, en de milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de inrichting geen betrekking hebben op die overtreding.

De civiele rechter laat het oordeel ten aanzien van de vraag wanneer een bestuurder en/of aandeelhouder van een rechtspersoon als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften valt te beschouwen over aan de bestuursrechter. Daardoor ontstaat er een discrepantie tussen de mogelijkheden van enerzijds civielrechtelijke aansprakelijkstelling op grond van de onrechtmatige daad en bestuursrechtelijke verantwoordelijkstelling. Wat betreft het handhaven van milieu(vergunnings)voorschriften zijn bestuurders en/of aandeelhouders door het bevoegd gezag gemakkelijker verantwoordelijk te houden in vergelijking met de mogelijkheden tot civielrechtelijke aansprakelijkstelling op grond van de onrechtmatige daad. Dit verschil is te rechtvaardigen vanwege de achtergrond van deze bestuursrechtelijke verantwoordelijkstelling: ten gunste van het milieu moet het mogelijk zijn om in elk geval iemand verantwoordelijk te houden voor de overtreding. Dat verhoogt de effectiviteit wat betreft de naleving van de geldende milieu(vergunnings)voorschriften.

Het verantwoordelijk kunnen houden van een (enig of groot) aandeelhouder als overtreder is echter ook in het bestuursrecht niet eenvoudig. De aandeelhouder moet persoonlijk betrokken zijn geweest bij de overtreding, dan wel moet het, in het geval van het opleggen van een last onder dwangsom, in zijn macht hebben om de overtreding te beëindigen. Slechts indien er sprake is van specifieke persoonlijke betrokkenheid van de aandeelhouder bij de overtreding, of indien er sprake is van misbruik van zijn positie als enig of groot aandeelhouder, zou naar mijn mening een aandeelhouder verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften. De bestuursrechter is in het algemeen ook terughoudend met betrekking tot het verantwoordelijk stellen van aandeelhouders ten aanzien van de overtreding van milieu(vergunnings)voorschriften, zo blijkt uit (recente) jurisprudentie van de ABRvS.

Er valt, ten aanzien van concernverhoudingen via bestuurders- en aandeelhoudersposities van de moedermaatschappij in haar dochtermaatschappij, mijns inziens géén parallel te trekken met vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid tussen de moeder- en haar dochtermaatschappij. Alleen wat betreft de naleving van de milieu(vergunnings)voorschriften geldende voor de inrichting primair gedreven door de dochtermaatschappij geldt dat de bestuurder en/of aandeelhouder verantwoordelijk kan worden gehouden door het bevoegd gezag. Op dat punt loopt de bestuurder en/of aandeelhouder (moedermaatschappij) een groter risico om verantwoordelijk te worden gehouden in vergelijking met civielrechtelijke aansprakelijkstelling van bestuurders en/of aandeelhouders. Er is dan echter géén sprake van een algehele gelijkstelling oftewel vereenzelviging van verschillende rechtspersonen.



### **Amerikaans recht: CERCLA**

Vereenzelviging van rechtspersoonlijkheid in het kader van aansprakelijkstelling onder de federale Amerikaanse milieuwet CERCLA is door het Amerikaanse Supreme Court (de federale Amerikaanse Hoge Raad) afgewezen. Vereenzelviging van rechtspersonen onder CERCLA is alleen mogelijk indien dat ook mogelijk is onder het algemene Amerikaanse ondernemingsrecht, aldus Amerika's hoogste federale gerechtshof. Aansprakelijkheid van de moedermaatschappij/aandeelhouder onder CERCLA is alleen mogelijk indien zij daadwerkelijk controle uitoefende over de milieuvervuilende activiteiten binnen de facility van haar dochtervennootschap, de zogenaamde 'authority to control' test. Indien de moedermaatschappij dus alleen een aandeelhouderspositie in haar dochtervennootschap heeft, en verder geen activiteiten verricht of laat verrichten binnen haar dochtervennootschap, kan zij niet als operator van een facility aansprakelijk onder CERCLA worden gehouden.

In Nederland zijn begrippen als zeggenschap en het in zijn macht hebben om een overtreding te beëindigen van groot belang ter beoordeling van de vraag wie als drijver van de inrichting en als overtreder is aan te merken. In dit boek is betoogd dat ook in Nederland, in die gevallen waarin er sprake is van alleen een aandeelhouderspositie van de moedermaatschappij in haar dochtervennootschap, de moedermaatschappij niet alleen vanwege haar aandeelhouderspositie als overtreder zou moeten kunnen worden aangeduid. Daarvoor zal persoonlijke betrokkenheid van de moedermaatschappij bij de overtreding, of misbruik van haar positie van enig aandeelhouder, aanwezig moeten zijn.

### **11.8 Faillissementssituaties en milieurecht (hoofdstuk 9)**

In hoofdstuk 9 is ingegaan op de specifieke situatie waarin een drijver van een inrichting/overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften failliet wordt verklaard. Ingegaan is op de rol van de faillissementscurator als drijver van de inrichting en als overtreder ten aanzien van milieu(vergunnings)voorschriften die zich na de faillietverklaring tot de faillissementsboedel richten, de positie van de overheid als schuldeiser en als rechtshandhaver in faillissement, en de mogelijkheden tot financiële zekerheidstelling wat betreft verantwoordelijkheid voor milieuschade. Ook is kort stil gestaan bij enkele aspecten van het federale Amerikaanse faillissementsrecht.

#### **De rol van de curator q.q. in het faillissement ten aanzien van de naleving van de ten opzichte van de faillissementsboedel geldende milieu(vergunnings)voorschriften**

Door de Nederlandse rechter wordt de curator q.q. (qualitate qua) sinds de Alvatuitspraak van de ABRvS uit 1997 als drijver van de inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde beschouwd. Dit zelfs indien hij de inrichting van de gefail-

leerde niet voortzet na de faillietverklaring. De curator is in die gevallen q.q. ook als overtreder te beschouwen, dan wel als diegene die het in zijn macht heeft om de overtreding te beëindigen. De milieu(vergunnings)voorschriften richten zich immers ná de faillietverklaring tot de faillissementsboedel, en de curator q.q. is diegene die de boedel beheert en vereffent. In dit boek is betoogd om de regel dat de curator q.q. is aan te merken als de drijver van de inrichting voorheen gedreven door de gefailleerde, welke regel thans voortvloeit uit de jurisprudentie van de ABRvS, op te nemen in de Fw of in de Wm. Dit beëindigt de discussie die nu nog wel eens wordt gevoerd tussen het bevoegd gezag en de faillissementscurator definitief.

Een curator zal niet gemakkelijk persoonlijk (pro se) aansprakelijk of verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor overtredingen begaan binnen de inrichting van de gefailleerde ten tijde van het faillissement. Dat kan alleen indien hij persoonlijk de voor hem geldende zorgvuldigheidsnormen heeft overschreden, bijvoorbeeld door opzettelijk (persoonlijk) opdracht te geven tot het illegaal storten van afval. Een andere situatie is die waarin de curator – doordat hij heeft nagelaten een deugdelijk bodemonderzoek te (laten) verrichten naar de gesteldheid van de bodem – vanwege de stigmatiserende werking van mogelijk aanwezige bodemverontreiniging een veel te lage verkoopopbrengst heeft gerealiseerd, dan wel het terrein niet heeft kunnen verkopen, terwijl de situatie in werkelijkheid toch meevalt. Het lijkt echter niet voor de hand te liggen dat dit de curator persoonlijk kan worden aangerekend, aangezien er in de faillissementsboedel vaak niet veel baten zitten, en de schuldeisers bij de rechter-commissaris een bevel kunnen uitlokken bepalende dat de curator een bodemonderzoek moet laten uitvoeren.

Het valt daarnaast niet uit te sluiten dat op de curator q.q. in geval van een verkoop van de onderneming going concern een verdergaande zorgvuldigheidsnorm, zoals een verdergaande mededelingsplicht, met betrekking tot milieurechtelijke problemen rust ten opzichte van de koper van de onderneming. De curator q.q. zijn in dat geval immers feiten en omstandigheden bekend die hem doen besluiten de onderneming van de gefailleerde voort te zetten en te verkopen. Desondanks blijft er ook dan een onderzoeksplicht rusten op de koper. De koper van een onderneming uit een failliete boedel kan immers in meer of mindere mate verwachten dat er bepaalde gebreken kleven aan de te kopen onderneming, en dat er wellicht sprake is geweest van overtreding van de voor de inrichting geldende milieu(vergunnings)voorschriften voorafgaande aan het faillissement.

#### **Kosten gemaakt ten behoeve van het naleven van milieu(vergunnings)voorschriften door de curator q.q.: boedelschuld**

Aangezien de curator q.q. door het bevoegd gezag als overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften wordt aangesproken, zijn de kosten gemaakt door het bevoegd gezag vanwege het uitoefenen van bestuursdwang, dan wel verbeurde dwangsommen vanwege het niet (correct) nakomen van een last onder dwangsom, aan te merken als boedelschuld. Een boedelschuld heeft een hoge rang in faillis-

sement. Kosten vanwege uitgeoefende bestuursdwang of verbeurde dwangsommen die zijn ontstaan vóór het moment van faillietverklaring hebben geen bevoorrechte status in faillissement. In hoofdstuk 9 is voorgesteld om de bestuursdwangkosten gemaakt vóór het moment van faillietverklaring, net als voorheen, een bevoorrechte status te geven. Tevens zou een uitzondering in de Fw kunnen worden opgenomen, bepalende dat de bestuursdwangkosten en de verbeurde dwangsommen niet de status van boedelschuld hebben, maar alleen bevoorrechte schulden zijn. Deze kosten drukken dan minder zwaar op de faillissementsboedel, hetgeen voordelig is voor de andere boedelschuldeisers. Het is de vraag of dit een politiek wenselijke uitkomst is, en of de wetgever een uitzondering wenst te maken op de algemene regels van voorrecht en voorrang in faillissement.

Het is naar mijn mening in elk geval zinvol om de faillissementsboedel zo min mogelijk te bezwaren met verbeurde dwangsommen, en om daarom geen last onder dwangsom op te leggen in geval van faillissement. Het bevoegd gezag zou in geval van faillissement dan moeten kiezen voor het uitoefenen van bestuursdwang gevolgd door kostenverhaal, in plaats van het opleggen van een last onder dwangsom.

#### **Positie van de overheid in het faillissement**

De overheid kan in het faillissement betrokken raken als handhaver en als schuldeiser. Over de positie van de curator q.q. als drijver en overtreder van milieu(vergunnings)voorschriften is hiervoor al het een en ander opgemerkt. Als schuldeiser heeft het bevoegd gezag, indien de bestuursdwangbeschikking of de last onder dwangsom zich tot de curator q.q. richt, naar huidig recht een belangrijke mate van voorrang als boedelschuldeiser.

Daarnaast kan het bevoegd gezag, vóórdat er sprake is van een faillissementssituatie, financiële zekerheidstelling van de drijver vragen. Deze financiële zekerheid kan dan ook in geval van faillissement, bijvoorbeeld als separatist (hypotheek- of pandrecht) – dus als ware er geen sprake van een faillissementssituatie – uitgewonnen worden.

In diverse milieuwetten en regelingen, bijvoorbeeld art. 55b lid 3 Wbb en in diverse besluiten, komt de mogelijkheid tot financiële zekerheidstelling ten gunste van het bevoegd gezag terug. Bijvoorbeeld in het Besluit financiële zekerheid milieu-beheer. Te denken valt aan het vestigen van een hypotheek- of pandrecht, een bankgarantie, het afsluiten van borgtochtovereenkomst, verplichte deelname aan een fonds of het verplicht afsluiten van een verzekeringsovereenkomst. Nadeel van het vragen van financiële zekerheid van de drijver van de inrichting, eigenaar of erfpachter van de grond door het bevoegd gezag vanwege mogelijke toekomstige kosten met betrekking tot milieuschade, is dat daardoor de kredietruimte van de ondernemer wordt aangetast.

Financiële zekerheid geeft ook niet altijd daadwerkelijk de gewenste financiële zekerheid aan het bevoegd gezag. Een ten behoeve van het bevoegd gezag gevestigd hypotheekrecht zal immers vaak een tweede of derde hypotheekrecht betreffen, aangezien een bank vaak een eerder gevestigd hypotheekrecht zal hebben op de desbetreffende onroerende zaak. Een roerende zaak waarop het bezitloos pandrecht rust kan gemakkelijk tussentijds zijn vervreemd door de eigenaar.

### **Enkele aspecten van het Amerikaanse (federale) faillissementsrecht met betrekking tot het milieu**

In het kader van het onderzoek in de Verenigde Staten naar de daar in sommige staten van toepassing zijnde transfer triggered environmental acts, en naar enkele aspecten van de federale Amerikaanse milieuwet CERCLA, is tevens onderzoek verricht naar sommige aspecten van het federale Amerikaanse faillissementsrecht. Daarover kan het volgende worden opgemerkt:

#### *Een openbaarmakingsplicht met betrekking tot milieuaspecten voor de gefailleerde*

In par. 9.4.4 is ingegaan op een aantal aspecten van het Amerikaanse (federale) faillissementsrecht. De federale Amerikaanse Bankruptcy Code schenkt, evenals de Nederlandse Fw, geen specifieke aandacht aan milieu(rechtelijke) aspecten. In de Federal Rules of Bankruptcy Procedure and the Official Bankruptcy Forms zijn echter wél een aantal formulieren opgenomen die betrekking hebben op milieuaspecten ten aanzien van de door de gefailleerde gedreven onderneming. De belangrijkste daarvan is Form 7, Statement of Financial Affairs. Dit formulier moet door iedere schuldenaar vijftien dagen na de aanvang van het faillissement worden ingevuld. Daarin moet ook worden aangegeven welke gerechtelijke procedures er met betrekking tot milieurechtelijke aspecten aanhangig zijn, en welke beschikkingen er door welk bevoegd gezag zijn opgelegd met betrekking tot een perceel in eigendom van de gefailleerde. Deze openbaarmakingsplicht van de gefailleerde ziet echter niet op veroorzaakte verontreiniging waarbij het bevoegd gezag nog niet betrokken is, of ten aanzien van milieuverontreiniging waarvan nog geen gerechtelijke procedure aanhangig is, dan wel waarover bij de gefailleerde slechts vermoedens bestaan. Betoogd is om een soortgelijke openbaarmakingsplicht voor de gefailleerde ook in Nederland in te voeren, bijvoorbeeld in een apart besluit. Daarbij zou de mededelingsplicht verder kunnen reiken dan die vastgelegd in Form 7, Statement of Financial Affairs. Bijvoorbeeld, dat de gefailleerde ook de nog niet naar het bevoegd gezag toe geopenbaarde vervuiling of vermoedens dienaangaande moet openbaren.

*Environmental superliens oftewel wettelijke supervoorrechten ten aanzien van saneringskosten gemaakt door het bevoegd gezag*

In enkele staten binnen de Verenigde Staten – onder andere de staten New Jersey, Connecticut, Maine, Massachusetts en New Hampshire – zijn zogenaamde environmental superliens toepasselijk. Een environmental superlien is een supervoorrecht ten gunste van de overheid die kosten maakt ten behoeve van (bodem)sanering. Dergelijke supervoorrechten gaan zelfs boven oudere zekerheidsrechten van andere schuldeisers van de veroorzaker van de vervuiling. Soms zijn er zelfs ten opzichte van andere (on)roerende zaken van de veroorzaker van de vervuiling vanwege de door de overheid uitgevoerde sanering (gewone) liens (voorrechten) toepasselijk. Dergelijke gewone liens hebben geen terugwerkende kracht, en gaan in rang niet voor op oudere zekerheidsrechten met betrekking tot de (on)roerende zaken van de veroorzaker.

Het gevaar van het creëren van een wettelijk environmental superlien (supervoorrecht) ten gunste van de sanerende overheid, is dat dit rechtsonzekerheid ten aanzien van andere schuldeisers die zekerheidsrechten hebben bedongen met zich mee kan brengen. Er valt namelijk op het moment dat de lening wordt verstrekt en het zekerheidsrecht wordt gevestigd op de (on)roerende zaken van de lener, niet goed in te schatten of dit zekerheidsrecht ook daadwerkelijk de gewenste zekerheid geeft die het op het moment van vestiging geeft. Het zekerheidsrecht op de (on)roerende zaken van de lener kan immers in rang worden achtergesteld door een later gevestigde environmental superlien ten behoeve van de op een later tijdstip sanerende overheid. De in het register ingeschreven voorrechten geven dan geen (volledige) zekerheid meer. Dit kan een ongunstige invloed hebben op de bereidheid van banken en andere financiële instellingen om leningen te verstrekken aan industriële ondernemingen. Invoering van een dergelijk supervoorrecht ten behoeve van het sanerende bevoegd gezag lijkt mij daarom niet wenselijk. Invoering van een supervoorrecht zou haar doel – de kosten van de sanerende overheid moeten hoe dan ook verhaalbaar zijn op de veroorzaker van de verontreiniging, of op de eigenaar of erfpachter van de grond – mijns inziens voorbij streven.

## English summary

### *General remarks*

This PhD-research focuses on environmental issues in connection with corporate mergers and acquisitions in a legal perspective. Basically, this research focuses on the differences and the possible integration of environmental and administrative law on the one hand, and civil law on the other hand. The topics discussed in this book are related to site contamination and the responsibility for site remediation, liability regarding contamination of surface water, responsibilities of operators of facilities, responsibilities and liabilities of directors and shareholders of corporations in relation to environmental contamination and infringement of environmental rules, bankruptcy and the role of the bankruptcy trustee with respect to environmental contamination. Besides, the CO<sub>2</sub> and NO<sub>x</sub> emission trade systems, and financial security instruments in relation to possible future environmental contamination, are discussed. Moreover, the environmental due diligence practice and contract clauses – such as for example contractual warranties and indemnities in sale and purchase agreements, and lease agreements – regarding (potential) environmental liability, are discussed in this book as well.

### **The Environmental Management Act: the facility and its operator (chapter 2)**

Because environmental (permit) rules are linked to a facility as defined in the general Dutch Environmental Management Act, it is relevant to fixate the physical scope of a facility. With regard to the definition of facility in the Environmental Management Act civil law, such as the law of corporations, lease agreements, et cetera, is of importance too. The operator of a facility is responsible for complying with the environmental (permit) rules. The standard rule, developed by Dutch administrative courts, to determine whether a person or corporation is an operator of a facility, is determining the control of that person or corporation over the operations taking place within the facility. The control can arise from corporate relationships, such as the position of director or shareholder (parent company) of the corporation, and from contractual relationships, such as for example a lease agreement. In the latter case, the contract parties need to act pursuant the contractual arrangements in practice. If not, the party who is actually operating the facility will be considered to be the operator of the facility, regardless of the contractual arrangements applicable between the contract parties. In case of a so called transition period – a time period in which both the seller and

the buyer of the company operating the facility are involved with the operations taking place in the facility – the seller as well as the buyer can be considered to be the operator of the facility. Parties connected to the transaction thus need to make contractual arrangements concerning this issue.

### **Site contamination and remediation (chapter 3)**

An important environmental issue is the remediation of contaminated (former) industrial sites located in the Netherlands and in the European Union. In the Netherlands, the obligation to remediate a contaminated site can rest on an owner or ground lessee (*erfpachter*), regardless whether he is the polluter. This topic is extensively discussed in chapter 3 of this book.

The two main issues regarding soil remediation discussed in this book are:

- (1) the possibilities of cost recovery of the competent authority which remediated the site; and
- (2) the possibilities of mandatory site remediation by polluters and non-polluting owners or ground lessees of a site.

Cost recovery by the site remediating competent authority is possible through tort law (with respect to the polluter) or unlawful enrichment (with respect to the non-polluter too). Thus, cost recovery is linked with civil law as well. Some legal aspects which are of importance with respect to cost recovery by the remediating competent authority through tort law and unlawful enrichment, such as the date of acquirement of the contaminated site, are connected to the general subject of this research, i.e. corporate mergers and acquisitions.

Moreover, a polluter, or owner or ground lessee, non-polluter, of a site, can be ordered or obliged to perform a site remediation. Especially the possibility to oblige an owner or ground lessee, non-polluter, of a contaminated industrial site to remediate the site directly through the Soil Protection Act, introduced in 2006, is of importance (articles 55a and 55b of the Soil Protection Act). As a result, issues such as fault, or the knowledge of site contamination on the moment of acquisition, are no longer of importance. The owner or ground lessee of an industrial site is thus responsible through law in his quality of owner or ground lessee, regardless whether he is the polluter. This legal system could be supplemented with a so called transfer triggered environmental act, which act connects environmental obligations to the moment of transfer of a site, facility and/or company. A transfer triggered environmental act is a so called self regulating act and is thus automatically applicable in case of a transfer as described in the transfer triggered environmental act, regardless whether the competent authority took a decision regarding the existence of serious contamination, or ordered site investigation or site remediation. Article 55b sub 3 of the Soil Protection Act already includes a limited environmental transfer trigger: the new owner or ground lessee needs to give financial security in relation to the future remediation costs in case of the transfer of ownership or ground lease of a site on which the articles 55a and 55b

Soil Protection Act are applicable. The former owner or ground lessee remains responsible for the site remediation too, until the moment this financial security is provided by the new owner or ground lessee. The scope of article 55b Soil Protection Act is limited, because for example a transfer of shares of a company owning the contaminated site does not trigger this obligation.

### **Introducing a transfer triggered environmental act (chapters 4 and 5)**

In certain states within the United States, especially the states New Jersey and Connecticut, and in Vlaanderen (Belgium) transfer triggered environmental acts are applicable. These acts integrate environmental and administrative law on the one hand, and civil law on the other hand. More specific, these acts link corporate mergers and acquisitions with certain environmental obligations, because these acts require site investigation and site remediation in case of a transfer as defined in the transfer triggered environmental act. A transfer as defined in the transfer triggered environmental act can differ from the definition of a transfer in civil law. For example, a transfer as defined in a transfer triggered environmental act may include a transfer of shares of the company owning the land or operating the facility, the closing of operations, or the termination of a lease agreement.

Because the transaction is linked to an environmental obligation, the obligation of the seller to inform the buyer, and if necessary to remediate the contaminated site which is transferred, is incorporated in the transfer triggered environmental act. The transaction or transfer triggers the environmental obligation. Besides, in case of a transfer or transaction, money – i.e. the purchase price – is available to pay the remediation costs, which means no money needs to be withdrawn from the company itself and the day-to-day operational management. Moreover, the purchaser and the competent authority will be informed automatically with respect to the possible presence of site contamination. The act is a self policing act, which means that the parties connected to the transfer themselves, and their legal advisors, must check whether the act is applicable or not.

This kind of transfer triggered environmental legislation is not solving the general problem of site contamination, because such an act is only applicable in case of a transfer as defined in the transfer triggered environmental act. This means that, in case no transfer occurs, the act is not applicable, and the competent authority needs to have the possibility to order site investigation or remediation. Thus, a transfer triggered environmental act is of a supplemental character with respect to other environmental (remedation) legislation.

Some possible negative aspects of this kind of legislation are: stagnation of the real estate market due to the possible obligation to investigate and remediate the site in case of a transfer, thus creating so called brownfields, and the possible delay of the transfer due to the obligations arising from the transfer triggered environmental act. Besides, the experience in the states New Jersey and Connecticut shows that the definitions in an environmental transfer triggered act, for example



the definition of transfer, and the procedures in the act, need to be defined clearly and specific. Otherwise, problems could arise with respect to the scope and applicability of the transfer triggered environmental act.

### **Licensed Environmental Professionals (LEPs) (chapters 4 and 5)**

It is argued that the supervision over the actual site investigation and remediation activities can be performed by private individuals, so called Licensed Environmental Professionals. This could be a solution, especially in case the competent authority does not have the capacity, financial ability or technical knowledge to perform the supervision regarding the duties to investigate and remediate contaminated sites itself.

A system in which LEPs are performing supervision, instead of the competent authority, is applicable with respect to Connecticut's Transfer Act.<sup>1</sup> A possible positive effect of this system is that private environmental consultants sometimes have more technical knowledge and experience regarding these issues in comparison to more general experienced employees of the competent authority. A possible negative aspect of the introduction of LEPs, is the fact that the supervision is not performed by the competent authority any longer, but by private parties. A LEP will be paid by the seller, buyer or both parties connected to the transfer, which means the LEP is balancing in between two parties who have different goals: the competent authority on the one hand who is focusing on accurate supervision of the site investigation and remediation activities, and the private party involved with the transfer, who is the principal of the LEP, on the other hand.

Some important issues with respect to the introduction of a system in which LEPs exercise supervision are: the personal liability of LEPs and creating a level playing field between LEPs. Besides, the objectivity of LEPs must be guaranteed. This could be achieved through general supervision on the activities of the LEPs by the competent authority, and by creating a procedure to discharge an LEP in case he is not performing his duties correctly. Moreover, the possibility of a second opinion performed by another LEP could be created.

Introducing a legal system in which private supervisors perform the (supervision over) site investigation and site remediation could be necessary in case the competent authorities are unable to perform these tasks themselves. However, it is my opinion that the task of supervision with respect to the enforcement of environmental duties should primarily rest with the competent authorities, and should not

---

<sup>1</sup> This system is introduced in the proposed Framework for the protection of soil of the European Commission too, see: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Thematic Strategy for Soil Protection COM (2006), 231 final*, article 12 (2). See also *Explanatory Memorandum, Establishing a framework for the protection of soil and amending Directive 2004/35/EG*, COM (2006), 232 final.

be performed by private parties. For example, such supervision could be performed on a central level by a special division of the Department of Housing, Spatial Planning and the Environment (*Ministerie van VROM*). In that case, technical knowledge and experience could be concentrated in one special division.

### **Liability with respect to the contamination of surface water (chapter 6)**

In chapter 6 of this book, liability regarding the contamination of surface water is discussed. In case of contamination of surface water and subsequently damages, the causal link between the act or omission causing the pollution and the actual damage can be hard to determine. Especially in case of diffuse contamination – which means contamination of the surface water through ground water – it is sometimes hard to fixate the causal link. Moreover, in case of diffuse contamination of surface water, the course of time between the act or omission and the actual damage revealed elsewhere, could have the result that this is an issue in case of a corporate merger or acquisition. The legal successor will then be confronted with liability regarding contamination caused by its legal predecessor(s).

### **Contract law, due diligence investigation and environmental issues (chapters 2 and 7)**

Parties involved with corporate mergers and acquisitions can deal with environmental issues through contract law. For example, they can address the liability regarding (possible) environmental damage through contractual guarantees, warranties and representations. Moreover, the parties may, for example in case of an asset and liability deal, agree to lease the facility, instead of buying the facility. In that case, the ownership of the contaminated site remains with the seller (lessor), and the buyer of the company leases the assets comprising the facility. As a consequence, the buyer/lessee cannot be held liable under Dutch law in case he was not the polluter of the site contamination. The responsibility regarding site contamination remains with the owner/seller/lessor and the polluter.

Another issue of importance is the environmental due diligence investigation with respect to the site and facility to be bought, normally preceding the transfer of the site or the corporate acquisition. Under private law, the scope and performance of a due diligence investigation is of great importance to determine whether it is the duty of the seller of the site to inform the buyer with respect to present site contamination, or the duty of the buyer to investigate the site. The scope of these duties is not always clear in practice. Therefore, the introduction of a specific transfer triggered environmental act, including a duty to perform a site investigation, could solve this problem. The transfer triggered environmental act can give rules regarding the exact scope of the site investigation, and in which cases a site investigation and site remediation is obliged by law. The environmental aspects of a due diligence investigation and the abovementioned contractual solutions are discussed in chapter 7 of this book.

Moreover, contractual arrangements are of importance with respect to fixating the scope of the facility as defined in the Environmental Management Act, and the operator of the facility (see above). For example, who is the operator of the facility: the lessee and/or the owner/lessor? Thus, the contractual arrangements will have influence beyond the contract parties. The competent authority and the administrative court that need to judge regarding the scope of the facility, will also take notice of the contractual arrangements applicable between the contract parties. These topics are discussed in chapter 2.

### **Responsibility/liability of directors and shareholders of a company (chapter 8)**

Another issue which is discussed and analysed in this book, is the personal responsibility of directors of companies with respect to environmental damages caused by, and infringements of environmental rules of, the company. Compared with civil law (tort law), it seems that a director of a company can be held responsible easier under administrative law.

Under administrative preservation law, a director of a company can be held responsible as infringer of environmental rules in person, in case he was personally involved with the infringement. Besides, an administrative order with penalty (*last onder dwangsom*) can be addressed to a director of a company in case he has the control (*het in zijn macht hebben*) to end the infringement. Civil courts will leave the decision to hold a director of a company personally responsible under administrative law to the administrative courts.

Under civil tort law, a director of a company can be held liable in person only in case of a personal negligent act or omission, which act or omission is sufficient serious and is causing damages to third parties. This civil law test to hold a director of a company liable in person, differs from the 'control test' or 'personal involvement test' under administrative law.

The requirement of personal involvement with the infringement of environmental rules and laws, and the control test under administrative law, is also applicable regarding (sole or majority) shareholders. Normally, a shareholder of a corporation does not operate the facility operated by the corporation of which he is a shareholder. Just being a shareholder is not enough to be held responsible for environmental damages caused, or infringement of environmental rules and laws by, the corporation. A shareholder is not operating the facility or controlling these activities. Only under specific circumstances, a sole shareholder of for example a closely held corporation (BV) could have sufficient control to be considered as an infringer of environmental rules and laws.

The difference between the legal possibilities to hold a director or shareholder of a company liable under civil tort law and administrative preservation law, is explainable because of the different objectives of civil tort law and administrative

preservation law. In case of preservation of the applicable environmental rules, it is of importance to address somebody who is able to end the infringement. In case the director or the sole or majority shareholder of the company has control over the infringements or operations which cause environmental damage, the director and/or shareholder can be held liable in person. This situation differs from the civil liability cases, in which directors and shareholders can be held liable in person only in case of personal unlawful acts and negligence (tort law).

It is argued in this book that the responsibility of directors and shareholders for infringements of environmental rules and laws primarily addressed to the company under administrative law, cannot be regarded as piercing the corporate veil (*vereenzelviging*), i.e. identifying two separate corporations with each other. The director or sole shareholder is not completely identified with the corporation of which he is director or shareholder. He is just being held responsible regarding infringements of environmental rules and laws under the control test - arising from his position of director and/or of sole shareholder - or the personal involvement test.

#### **Bankruptcy and the role of the trustee in bankruptcy with respect to environmental law; financial security (chapter 9)**

In case of a bankruptcy of a company, environmental issues can be of importance because there are not enough assets available in the bankruptcy estate to pay for the remediation costs or other costs related to environmental damage and infringements of environmental rules and laws. Moreover, the bankrupt company or person is legally no longer entitled to perform its legal duties after the moment of bankruptcy. Therefore, the Dutch Administrative Jurisdiction Division of the Council of State (the supreme administrative court in the Netherlands, the *Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State*) has ruled that the trustee in bankruptcy, instead of the bankrupt company, is the person who must perform the environmental obligations addressed to the bankruptcy estate. The bankruptcy trustee is the person who has control over the facility and he manages its assets and liabilities which are part of the bankruptcy estate. Based on this fact, he can be considered the operator of the facility formerly operated by the bankrupt company or person. This means, that the competent authority may address the bankruptcy trustee as an infringer of the applicable environmental rules and laws which are primarily addressed to the bankruptcy estate. The bankruptcy trustee will be addressed as an infringer of the applicable environmental rules and laws in his role as bankruptcy trustee. Personal liability of the bankruptcy trustee is only possible in case he did not act pursuant the standards applicable for bankruptcy trustees in general. It is argued in this book to incorporate the aforementioned standard rule of the Dutch Administrative Jurisdiction Division of the Council of State in the Bankruptcy Act or in the Environmental Management Act: the bankruptcy trustee, in his quality of bankruptcy trustee, is the operator of the facility formerly operated by the bankrupt company or person.

Because the bankruptcy trustee is addressed *qualitate qua* (in his quality of bankruptcy trustee), the costs related to environmental damages and infringements have a high rank in bankruptcy (*boedelschuld*; a debt directly addressed to the bankruptcy estate). It is argued in this book that the competent authority should not address an order with penalty to the trustee in bankruptcy, because normally there are not many assets available in a bankruptcy estate. Burdening a bankruptcy estate with an additional penalty would be counter-productive. Besides, it is argued that these costs could be given a lower rank in bankruptcy, which solution would deviate from the current system of the Bankruptcy Act and the standard priority rules in civil law.

Financial security, such as a mortgage, lien, banking guarantee or fund, could be a solution in case of insolvency of the operator of a facility or a company responsible for site remediation. Several financial instruments are discussed in chapter 9, including the so called super liens applicable in certain states within the United States. It is concluded that introducing environmental super liens would be a too far reaching solution. A super lien is a lien preceding older liens, and could thus create uncertainty on the credit market.

#### **CO<sub>2</sub> and NO<sub>x</sub> emission trade (chapter 6)**

The emission trade systems as introduced in the Netherlands deviate from the standard rule of transfer under Dutch civil law. Transfer of emission rights includes a specific administrative registration: the transfer of the emission rights must be registered in the emission trade register to complete the transfer. In chapter 6 it is discussed which consequences this specific deviation from standard Dutch civil law has in relation to corporate mergers and acquisitions.

#### **Recommendations**

- The general recommendation of this research is that environmental issues and corporate and civil law can be fine-tuned with each other. For example, a transfer triggered environmental act can be introduced in the Netherlands or in the European Union. Such an act links specific civil law events, such as a transfer of a site or a corporation, to an environmental obligation, for example the obligation to investigate and remediate (site) contamination. This system could be supplemented with a system in which private persons, LEPs, perform the supervision over the compliance with the environmental obligations.
- With respect to the physical scope of the facility, and the question who is operating the facility, civil law, such as corporate law and rent law, is of importance too. It is argued that, in case of a corporate merger or acquisition, the competent authority should create a prompt procedure which allows the parties connected to the transfer to streamline the corporate reality and the scope of, and operatorship over, the facility under the Environmental Management Act.

- Regarding the role of the bankruptcy trustee, it is suggested to incorporate the standard rule of the Dutch supreme administrative court, i.e. the bankruptcy trustee is the operator of the facility formally operated by the bankrupt company or person, in the Bankruptcy Act or in the Environmental Management Act. Besides, it is argued that the costs related to environmental damages and infringements should not have the highest high rank (*boedelschuld*) in bankruptcy. This could only be established by deviating from current Dutch bankruptcy law and the standard priority rules. Introducing so called environmental super liens, applicable in the United States, would be too far reaching. This introduction could create uncertainty on the credit market.
- Parties connected to a corporate acquisition can use all kinds of contractual solutions to deal with (potential) environmental liability: contractual warranties and indemnities, lease agreements or establishing a right of building and planting (*opstalrecht*). Thus, contract parties can address liability regarding environmental damages and can even influence the scope of the facility and the operatorship as defined in the Environmental Management Act. Difficulties regarding the scope of the environmental due diligence, and the duties to investigate and inform with respect to environmental issues linked to the site or company to be sold stem from jurisprudence, can (partly) be addressed by introducing a transfer triggered environmental act.



## Bijlage

### **GEDEELTELIJKE WETSTEKSTEN VAN DE TRANSFER TRIGGERED ENVIRONMENTAL ACTS TOEPASSELIJK IN NEW JERSEY, CONNECTICUT, IOWA, CALIFORNIA, MICHIGAN, OREGON, PENNSYLVANIA EN WEST-VIRGINIA**

In deze bijlage zijn, in de volgorde zoals besproken in hoofdstuk 4, de teksten van enkele transfer triggered environmental acts in de bepaalde staten binnen de Verenigde Staten opgenomen. Ten behoeve van de overzichtelijkheid zijn niet altijd de volledige wetsteksten van de verscheidene wetten opgenomen. Weggelaten passages zijn aangegeven als volgt: (...).

#### *1.1 Transfer triggering environmental acts met daarin een onderzoeks- en saneringsplicht:*

- A. New Jersey
- B. Connecticut
- C. Iowa

#### *1.2 Transfer triggering environmental acts met daarin alleen een mededelingsplicht van de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger:*

- A. California
- B. Indiana
- C. Michigan
- D. Oregon
- E. Pennsylvania
- F. West-Virginia



**Wetteksten****1.1 Transfer triggering environmental acts met daarin een onderzoeks- en saneringsplicht:****A. NEW JERSEY****INDUSTRIAL SITE RECOVERY ACT (ISRA)**

(New Jersey Statutes Annotated 13:1K-6 – 13:1K-14, Thomson/West, 2003/2006).

(...)

**13:1 K-7 Legislative findings and declarations**

The legislature finds that discharges of toxic chemicals dating back to early industrialization have left a legacy of contaminated industrial property in this State, that in 1983, due to the growing public awareness and concern of the risks of the public health and the environment and the potential costs to the State to clean up abandoned contaminated sites, the “Environmental Cleanup and Responsibility Act” was enacted. The Legislature also finds that the act’s imposition of a cleanup plan approval before the transfer or upon the closing of an industrial establishment and the requirement to establish a funding source for the cleanup are in the general public interest by ensuring the discovery of the contamination, by ensuring the discovery of contamination, by assuring that funding for cleanup is set aside at the time it is available from a transfer or closing, and by assuring that contaminated property is not abandoned to the State for cleanup. The Legislature further finds that at the time of the act’s passage, the extent of the State’s industrial contamination and the cost and complexity of remediations were not well understood; that in the intervening years, there has been a significant advance in the body of knowledge concerning how to remediate contaminated sites effectively and how to manage the remediation efficiently; that the regulated and financial communities are now more familiar with the liabilities involving contaminated property and with the necessity to discover and remediate that contamination; and that it is in the interest of the environment and the State’s economic health to promote certainty in the regulatory process by incorporating that knowledge to create a more efficient regulatory structure and to allow greater privatization of that process where it is possible to do so without incurring unnecessary risks to the public health or the environment.

The legislature therefore declares that it is the policy of this State to protect the public health, safety, and the environment, to promote efficient and timely cleanups, and to eliminate any unnecessary financial burden of remediating contaminated sites; that these policies can be achieved by streamlining the regulatory process, by establishing summary administrative procedures for industrial establishments that have previously undergone an environmental review, and by reducing oversight of those industrial establishments where less extensive regulatory review will ensure the same degree of protection to public health, safety, and the

environment; and that the new procedures established pursuant to this act shall be designed to guard against redundancy from the regulatory process and to minimize governmental involvement in certain business transactions.

### **13:1K-8 Definitions**

“Remedial action workplan” means a plan for the remedial action to be undertaken at an industrial establishment, or at any area to which a discharge originating at the industrial establishment is migrating or has migrated; a description of the remedial action to be used to remediate the industrial establishment; a time schedule and cost estimate of the implementation of the remedial action; and any other relevant information the department deems necessary;

“Closing operations” means:

- (1) the cessation of operations resulting in at least a 90 percent reduction in the total value of the product output from the entire industrial establishment, as measured on a constant, annual date-specific basis, within any five year period, or, for industrial establishments for which the product output is undefined, a 90 percent reduction in the number of employees or a 90 percent reduction in the area of operations of an industrial establishment within any five year period; provided, however, the department may approve a waiver of the provisions of this paragraph for any owner or operator who, upon application and review, evidences a good faith effort to maintain and expand product output, the number of employees, or area of operations of the effected industrial establishment;
- (2) any temporary cessation of operations of an industrial establishment for a period of not less than two years;
- (3) any judicial proceeding or final agency action through which an industrial establishment becomes nonoperational for health or safety reasons;
- (4) the initiation of bankruptcy proceedings pursuant to Chapter 7 of the federal Bankruptcy Code, 11 U.S.C. s.701 et seq. or the filing of a plan of reorganization that provides for a liquidation pursuant to Chapter 11 of the federal Bankruptcy Code, 11 U.S.C. s.1101 et seq.;
- (5) any change in operations of an industrial establishment that changes the industrial establishment’s Standard Industrial Classification number to one that is not subject to this act; or
- (6) the termination of a lease unless there is no disruption in operations of the industrial establishment, or the assignment of a lease;

“Transferring ownership or operations” means:

- (1) any transaction or proceeding through which an industrial establishment undergoes a change of ownership;
- (2) the sale or transfer of more than 50% of the assets of an industrial establishment within any five year period, as measured on a constant, annual date-specific basis;
- (3) the execution of a lease for a period of 99 years or longer for an industrial establishment; or
- (4) the dissolution of an entity that is an owner or operator or an indirect owner of an industrial establishment, except for any dissolution of an indirect

owner of an industrial establishment whose assets would have been unavailable for the remediation of the industrial establishment if the dissolution had not occurred;

“Change in ownership” means:

- (1) the sale or transfer of the business of an industrial establishment or any of its real property;
- (2) the sale or transfer of stock in a corporation resulting in a merger or consolidation involving the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment;
- (3) the sale or transfer of stock in a corporation, or the transfer of a partnership interest, resulting in a change in the person holding the controlling interest in the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment;
- (4) the sale or transfer of title to an industrial establishment or the real property of an industrial establishment by exercising an option to purchase; or
- (5) the sale or transfer of a partnership interest in a partnership that owns or operates an industrial establishment, that would reduce, by 10% or more, the assets available for remediation of the industrial establishment;

“Change in ownership” shall not include:

- (1) a corporate reorganization not substantially affecting the ownership of the industrial establishment;
- (2) a transaction or series of transactions involving the transfer of stock, assets or both, among corporations under common ownership, if the transaction or transactions will not result in the diminution of the net worth of the corporation that directly owns or operates the industrial establishment by more than 10%, or if any equal or greater amount in assets is available for the remediation of the industrial establishment before and after the transaction or transactions.
- (3) a transaction or series of transactions involving the transfer of stock, assets or both, resulting in the merger or de facto merger or consolidation of the indirect owner with another entity, or in a change in the person holding the controlling interest of the indirect owner of an industrial establishment, when the indirect owner’s assets would have been unavailable for cleanup if the transaction or transactions had not occurred;
- (4) a transfer where the transferor is the sibling, spouse, child, parent, grandparent, child of a sibling, or sibling of a parent of the transferee;
- (5) a transfer to confirm or correct any deficiencies in the recorded title of an industrial establishment;
- (6) a transfer to release a contingent or reversionary interest except for any transfer of a lessor’s reversionary interest in leased real property;
- (7) a transfer of an industrial establishment by devise or interstate succession;
- (8) the granting or termination of an easement or a license to any portion of an industrial establishment;
- (9) the sale or transfer of real property pursuant to a condemnation proceeding pursuant to the “Eminent Domain Act of 1971, P.L. 1971, c. 361 (C.20:3-1 et seq.);

- (10) execution, delivery and filing or recording of any mortgage, security interest, collateral assignment or other lien on real or personal property; or
- (11) any transfer of personal property pursuant to a valid security agreement, collateral assignment or other lien, including, but not limited to, seizure or replevin of such personal property which transfer is for the purpose of implementing the secured party's rights in the personal property which is the collateral.

"Department" means the Department of Environmental Protection;

"Hazardous substances" means those elements and compounds, including petroleum products, which are defined as such by the department, after public hearing, and which shall be consistent to the maximum extent possible with, and which shall include, the list of hazardous substances adopted by the Environmental Protection Agency pursuant to Section 311 of the "Federal Pollution Control Act Amendments of 1972" (33 U.S.C. par. 1321) and the list of toxic pollutants designated by Congress or the Environmental Protection Agency pursuant to Section 307 of that act (33 U.S.C. par. 1317); except that sewage and sewage sludge shall not be considered as hazardous substances for the purposes of this act;

"Hazardous waste" shall have the same meaning as provided in section 1 of P.L.1976, c. 99 (C.13:1E-38);

"Industrial establishment" means any place of business engaged in operations which involve the generation, manufacture, refining, transportation, treatment, storage, handling, or disposal of hazardous substances or hazardous waste on-site, above or below ground, having a Standard Industrial Classification number within 22-39 inclusive, 46-49 inclusive, 51 or 76 as designated in the Standard Industrial Classifications Manual prepared by the Office of Management and Budget in the Executive Office of the President of the United States. Those facilities or parts of facilities subject to operational closure and post-closure maintenance requirements pursuant to the "Solid Waste Management Act", P.L.1070, c. 39 (C.13:1E-1 et seq.), the "Major Hazardous Waste Facilities Siting Act", P.L. 1981, c. 279 (C.13:1E-49 et seq.) or the "Solid Waste Disposal Act" (42 U.S.C. par. 6901 et seq.), or any establishment in the production or distribution of agricultural commodities, shall not be considered industrial establishments for the purposes of this act. The department may, pursuant to the "Administrative Procedure Act", P.L.1968, c. 410 (C.52:14B-1 et seq.), exempt certain sub-groups or classes of operations within those sub-groups within the Standard Industrial Classification major group numbers listed in this subsection upon a finding that the operation of the industrial establishment does not pose a risk to public health and safety;

"Negative declaration" means a written declaration, submitted by the owner or operator of an industrial establishment or other person assuming responsibility for the remediation under paragraph (3) of subsection b. of section 4 of P.L.1983, c. 330 to the department, certifying that there has been no discharge of hazardous substances or hazardous wastes on the site, or that any such discharge on the site or discharge that has migrated or is migrating from the site has been remediated in accordance with procedures approved by the department and in accordance with any applicable remediation regulations;

“Discharge” means an intentional or unintentional action or omission resulting in the releasing, spilling, leaking, pumping, pouring, emitting, emptying, or dumping of a hazardous substance or hazardous waste into the waters or onto the lands of the State;

“No further action letter” means a written determination by the department that, based upon an evaluation of the historical use of the industrial establishment and the property, or of an area of concern or areas of concern, as applicable, and any other investigation or action the department deems necessary, there are no discharged hazardous substances or hazardous wastes present at the site of the industrial establishment, at the area of concern or areas of concern, or at any other site to which discharged hazardous substances or hazardous wastes originating at the industrial establishment have migrated, and that any discharged hazardous substances or hazardous wastes present at the industrial establishment or that have migrated from the site have been remediated in accordance with applicable remediation regulations;

“Indirect owner” means any owner who holds a controlling interest in a direct owner or operator, holds a controlling interest in another indirect owner, or holds an interest in a partnership which is an indirect owner or a direct owner or operator, of an industrial establishment;

“Direct owner or operator” means any person that directly owns or operates an industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment shall not be deemed to be a direct owner or operator of the industrial establishment unless or until it loses its exemption under P.L.1993, c. 112 (C.58:10-23.11g4 et al.) or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed, or by court order or other process;

(...)

“Owner” means any person who owns the real property of an industrial establishment or who owns the industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment shall not be deemed to be an owner of the industrial establishment unless or until it loses its exemption under P.L.1993, c.112 (C.58:10-23.11g4 et al.) or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, or other deed, or by court order or other process;

“Operator” means any person, including users, tenants, or occupants, having and exercising direct actual control of the operations of an industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment shall not be deemed to be an operator of the industrial establishment unless or until it loses its exemption under P.L.1993, c.112 (C.58:10-23.11g4 et al.) or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed, or by court order or other process;

“Preliminary assessment” means the first phase in the process of identifying areas of concern and determining whether hazardous substances or hazardous wastes are or were present at an industrial establishment or have migrated or are migrating from the industrial establishment, and shall include the initial search for and evaluation of, existing site specific operational and environmental information, both current and historic, to determine if further investigation concerning the documented, alleged, suspected or latent discharge of any hazardous substance or haz-

ardous waste is required. The evaluation of historic information shall be conducted from 1932 to the present, except that the department may require the search for and evaluation of additional information relating to ownership and use of the site prior to 1932 if such information is available through diligent inquiry of public records;

“Remediation” or “remediate” means all necessary actions to investigate and clean up or respond to any known, suspected, or threatened discharge of hazardous substances or hazardous wastes, including, as necessary, the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, and remedial action;

“Remedial action” means those actions taken at an industrial establishment or off-site of an industrial establishment if hazardous substances or hazardous wastes have migrated or are migrating therefrom, as may be required by the department to protect public health, safety, and the environment. These actions may include the removal, treatment, containment, transportation, securing, or other engineering measures, whether to an unrestricted use or otherwise, designed to ensure that any discharged hazardous substances or hazardous wastes at the site or that have migrated or are migrating from the site, are remediated in compliance with the applicable health risk or environmental standards;

“Remedial investigation” means a process to determine the nature and extent of a discharge of hazardous substances or hazardous wastes at an industrial establishment or a discharge of hazardous substances or hazardous wastes that have migrated or are migrating from the site and the problems presented by a discharge, and may include data collection, site characterization, sampling, monitoring, and the gathering of any other sufficient and relevant information necessary to determine the necessity for remedial action and to support the evaluation of remedial actions if necessary;

“Site investigation” means the collection and evaluation of data adequate to determine whether or not discharged hazardous substances or hazardous wastes exist at the industrial establishment or have migrated or are migrating from the site at levels in excess of the applicable remediation standards. A site investigation shall be developed based upon the information collected pursuant to the preliminary assessment.

**13:1K-9 Owner or operator of industrial establishment planning to close or sell or transfer operations; duties; remedial action workplan**

*a.* The owner or operator of an industrial establishment planning to close operations or transfer ownership or operations shall notify the department in writing, no more than five days subsequent to closing operations or of its public release of its decision to close operations, whichever occurs first, or within five days after the execution of an agreement to transfer ownership or operations, as applicable. The notice to the department shall: identify the subject industrial establishment; describe the transaction requiring compliance with P.L.1983, c.330 (C.13:1K-6 et al.); state the date of the closing of operations or the date of the public release of the decision to close operations as evidenced by a copy of the appropriate public announcement, if applicable; state the date of execution of the agreement to transfer ownership or operations and the names, addresses and telephone numbers of

the parties to the transfer, if applicable; state the proposed date for closing operations or transferring ownership or operations; list the name, address, and telephone number of an authorized agent for the owner or operator; and certify that the information submitted is accurate. The notice shall be transmitted to the department in the manner and form required by the department. The department may, by regulation, require the submission of any additional information in order to improve the efficient implementation of P.L.1983, c.330.

*b. (1)* Subsequent to the submittal of the notice required pursuant to subsection a. of this section, the owner or operator of an industrial establishment shall, except as otherwise provided by P.L.1983, c.330 or P.L.1993, c.139 (C.13:1K-9.6 et al.), remediate the industrial establishment. The remediation shall be conducted in accordance with criteria, procedures, and time schedules established by the department.

*(2)* The owner or operator shall attach a copy of any approved negative declaration, approved remedial action workplan, no further action letter, or remediation agreement approval to the contract or agreement of sale or agreement to transfer or any option to purchase which may be entered into with respect to the transfer of ownership or operations. In the event that any sale or transfer agreements or options have been executed prior to the approval of a negative declaration, remedial action workplan, no further action letter, or remediation agreement, these documents, as relevant, shall be transmitted by the owner or operator, by certified mail, overnight delivery, or personal service, prior to the transfer of ownership or operations, to all parties to any transaction concerning the transfer of ownership or operations, including purchasers, bankruptcy trustees, mortgagees, sureties, and financiers.

*(3)* The preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, and remedial action for the industrial establishment shall be performed and implemented by the owner or operator of the industrial establishment, except that any other party may assume that responsibility pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330.

*c.* The owner or operator of an industrial establishment shall, subsequent to closing operations, or of its public release of its decision to close operations, or prior to transferring ownership or operations except as otherwise provided in subsection e. of this section, as applicable, submit to the department for approval a proposed negative declaration or proposed remedial action workplan. Except as otherwise provided in section 6 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-11), and sections 13, 16, 17 and 18 of P.L.1993, c.139 (C.13:1K-11.2, C.13:1K-11.5, C.13:1K-11.6 and C.13:1K-11.7), the owner or operator of an industrial establishment shall not transfer ownership or operations until a negative declaration or a remedial action workplan has been approved by the department or the conditions of subsection e. of this section for remediation agreements have been met and until, in cases where a remedial action workplan is required to be approved or a remediation agreement has been approved, a remediation funding source, as required pursuant to section 25 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-3), has been established.

*d. (1)* Upon the submission of the results of either the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, or remedial action, where applicable, which

demonstrate that there are no discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment, or that have migrated from or are migrating from the industrial establishment, in violation of the applicable remediation regulations, the owner or operator may submit to the department for approval a proposed negative declaration as provided in subsection c. of this section.

(2) After the submission and review of the information submitted pursuant to a preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, or remedial action, as necessary, the department shall, within 45 days of submission of a complete and accurate negative declaration, approve the negative declaration, or inform the owner or operator of the industrial establishment that a remedial action workplan or additional remediation shall be required. The department shall approve a negative declaration by the issuance of a no further action letter.

e. The owner or operator of an industrial establishment, who has submitted a notice to the department pursuant to subsection a. of this section, may transfer ownership or operations of the industrial establishment prior to the approval of a negative declaration or remedial action workplan upon application to and approval by the department of a remediation agreement. The owner or operator requesting a remediation agreement shall submit the following documents: (1) an estimate of the cost of the remediation that is approved by the department; (2) a certification of the statutory liability of the owner or operator pursuant to P.L.1983, c.330 to perform and to complete a remediation of the industrial establishment in the manner and time limits provided by the department in regulation and consistent with all applicable laws and regulations; however, nothing in this paragraph shall be construed to be an admission of liability, or to impose liability on the owner or operator, pursuant to P.L.1976, c.141 (C.58:10-23.11 et seq.) or pursuant to any other statute or common law; (3) evidence of the establishment of a remediation funding source in an amount of the estimated cost of the remediation and in accordance with the provisions of section 25 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-3); (4) a certification that the owner or operator is subject to the provisions of P.L.1983, c.330, including the liability for penalties for violating the act, defenses to liability and limitations thereon, the requirement to perform a remediation as required by the department, allowing the department access to the industrial establishment as provided in section 5 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-10), and the requirement to prepare and submit any document required by the department relevant to the remediation of the industrial establishment; and (5) evidence of the payment of all applicable fees required by the department.

The department may require in the remediation agreement that all plans for and results of the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, and the implementation of the remedial action workplan, prepared or initiated subsequent to the transfer of ownership or operations, be submitted to the department, for review purposes only, at the completion of each phase of the remediation. The department shall adopt regulations establishing the manner in which the documents required pursuant to paragraphs (1) through (5), inclusive, of this subsection shall be submitted. The department shall approve the application for the remediation agreement upon the complete and accurate submission of the documents required to be submitted pursuant to this subsection. The regulations shall include



a sample form of the certifications. Approval of a remediation agreement shall not affect an owner's or operator's right to avail itself of the provisions of section 6 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-11), of section 13, 14, 15, 16, 17, or 18 of P.L.1993, c.139 (C.13:1K-11.2, C.13:1K-11.3, C.13:1K-11.4, C.13:1K-11.5, C.13:1K-11.6 or C.13:1K-11.7), or of the other provisions of this section.

*f.* An owner or operator of an industrial establishment may perform a preliminary assessment, site investigation, or remedial investigation for a soil, surface water, or groundwater remediation without the prior submission to or approval of the department, except as otherwise provided in a remediation agreement required pursuant to subsection e. of this section. However, the plans for and results of the preliminary assessment, site investigation, and remedial investigation may, at the discretion of the owner or operator, be submitted to the department for its review and approval at the completion of each phase of the remediation.

*g.* The soil, groundwater, and surface water remediation standard and the remedial action to be implemented on an industrial establishment shall be selected by the owner or operator, and reviewed and approved by the department, based upon the policies and criteria enumerated in section 35 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-12).

*h.* An owner or operator of an industrial establishment may implement a soil remedial action at an industrial establishment without prior department approval of the remedial action workplan for the remediation of soil when the remedial action can reasonably be expected to be completed pursuant to standards, criteria, and time schedules established by the department, which schedules shall not exceed five years from the commencement of the implementation of the remedial action and if the owner or operator is implementing a soil remediation which meets the established minimum residential or nonresidential use soil remediation standards adopted by the department.

Nothing in this subsection shall be construed to authorize the closing of operations or the transfer of ownership or operations of an industrial establishment without the department's approval of a negative declaration, a remedial action workplan or a remediation agreement.

*i.* An owner or operator of an industrial establishment shall base the decision to select a remedial action based upon the standards and criteria set forth in section 35 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-12). When a remedial action selected by an owner or operator includes the use of an engineering or institutional controls that necessitates the recording of a notice pursuant to section 36 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-13), the owner or operator shall obtain the approval of the transferee of the industrial establishment.

At any time after the effective date of P.L.1993, c.139, an owner or operator may request the department to provide a determination as to whether a proposed remedial action is consistent with the standards and criteria set forth in section 35 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-12). The department shall make that determination based upon the standards and criteria set forth in that section. The department shall provide any such determination within 30 calendar days of the department's receipt of the request.

*j.* An owner or operator proposing to implement a soil remedial action other than one which is set forth in subsection h. of this section must receive department approval prior to implementation of the remedial action.

*k.* An owner or operator of an industrial establishment shall not implement a remedial action involving the remediation of groundwater or surface water without the prior review and approval by the department of a remedial action workplan.

*l.* Submissions of a preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, remedial action workplan, and the results of a remedial action shall be in a manner and form, and shall contain any relevant information relating to the remediation, as may be required by the department.

Upon receipt of a complete and accurate submission, the department shall review and approve or disapprove the submission in accordance with the review schedules established pursuant to section 2 of P.L.1991, c.423 (C.13:1D-106). The owner or operator shall not be required to wait for a response by the department before continuing remediation activities, except as otherwise provided in this section. Upon completion of the remediation, the plans for and results of the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, remedial action workplan, and remedial action and any other information required to be submitted as provided in section 35 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-12), that has not previously been submitted to the department, shall be submitted to the department for its review and approval.

The department shall review all information submitted to it by the owner or operator at the completion of the remediation to determine whether the actions taken were in compliance with rules and regulations of the department regarding remediation.

The department may review and approve or disapprove every remedial action workplan, no matter when submitted, to determine, in accordance with the criteria listed in subsection g. of section 35 of P.L.1993, c.139 (C.58:10B-12) if the remedial action that has occurred or that will occur is appropriate to meet the applicable health risk or environmental standards.

The department may order additional remediation activities at the industrial establishment, or offsite where necessary, or may require the submission of additional information, where (a) the department determines that the remediation activities undertaken were not in compliance with the applicable rules or regulations of the department; (b) all documents required to be submitted to the department were not submitted or, if submitted, were inaccurate, or deficient; or (c) discharged hazardous substances or hazardous wastes remain at the industrial establishment, or have migrated or are migrating offsite, at levels or concentrations or in a manner that is in violation of the applicable health risk or environmental standards. Upon a finding by the department that the remediation conducted at the industrial establishment was in compliance with all applicable regulations, that no hazardous substances or hazardous wastes remain at the industrial establishment in a manner that is in violation of the applicable health risk or environmental standards, and that all hazardous substances or hazardous wastes that migrated from the industrial establishment have been remediated in conformance with the applicable

health risk or environmental standards, the department shall approve the remediation for that industrial establishment by the issuance of a no further action letter. (...)

#### **13:1K-9.6 Review of remediation plan**

Upon the submission of the complete and accurate results of a phase of the remediation pursuant to section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9) or of any other document required to be submitted that requires the department's review and approval in order to comply with P.L.1983, c.330, the department shall review and approve, approve with conditions, or disapprove the submission or other documents in accordance with the review schedules established pursuant to section 2 of P.L.1991, c.423 (N.J.S.A. 13:1D-106).

#### **13:1K-9.7 Transfer, close of operations without compliance; conditions**

The owner or operator of an industrial establishment may, upon submission of a written notice to the department, transfer ownership or operations or close operations without complying with the provisions of section 4 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-9) if the total quantity of hazardous substances and hazardous wastes generated, manufactured, refined, transported, treated, stored, handled, or disposed of at the industrial establishment at any one time during the owner's or operator's period of ownership or operations:

- (a) does not exceed 500 pounds or 55 gallons;
- (b) if a hazardous substance or hazardous waste is mixed with nonhazardous substances, the total quantity in the mixture does not exceed 500 pounds or 55 gallons; or
- (c) if, in the aggregate, hydraulic or lubricating oil, does not exceed 220 gallons.

#### **13:1K-10 Rules and regulations; approval of negative declaration or request for remedial plan; inspection**

a. The department shall, pursuant to the "Administrative Procedure Act", P.L.1968, c.410 (C.52:14B-1 et seq.), adopt rules and regulations establishing: (1) criteria and minimum standards necessary for the submission, evaluation and approval of plans or results of preliminary assessments, site investigations, remedial investigations, and remedial action workplans and for the implementation thereof. The documents for the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation, and remedial action workplan required to be submitted for a remediation shall not be identical to the criteria and standards used for similar documents submitted pursuant to federal law, except as may be required by federal law. In establishing criteria and minimum standards for these terms, the department shall strive to avoid duplicate or unnecessarily costly or time consuming conditions or standards; (2) a fee schedule, as necessary, reflecting the actual costs associated with the review of plans for or results of negative declarations, preliminary assessments, site investigations, remedial investigations, and remedial actions, and review of the implementation thereof and for any other review or approval required by the department; (3) standards and procedures for remediation agreements authorized pursuant to subsection e. of section 4 of P.L.1983, c.330

(C.13:1K-9); and (4) any other provisions or procedures necessary to implement this act..

*b.* The owner or operator shall allow the department reasonable access to the industrial establishment and to offsite areas under the owner's or operator's control to inspect the premises, review records, and to take soil, groundwater, or other samples or measurements as deemed necessary by the department to verify the results of any submission made to the department and to verify the owner's or operator's compliance with the requirements of this act..

**13:1K-11 Transfer of ownership or operations; application for deferral of remedial action workplan; certifications required**

*a.* The owner or operator of an industrial establishment planning to transfer ownership or operations may apply to the department for a deferral of the preparation, approval, and implementation of a remedial action workplan for the industrial establishment. The applicant shall submit to the department;

(1) a certification signed by the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer, approved by the department, that the industrial establishment would be subject to substantially the same use by the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer;

(2) a certification, approved by the department, that the owner or operator has satisfactorily completed a preliminary assessment, site investigation, and remedial investigation of the industrial establishment;

(3) a cost estimate for the remedial action necessary at the industrial establishment, approved by the department based upon the information collected in the preliminary assessment, site investigation, and remedial investigation and developed in accordance with department regulations; and

(4) a certification, approved by the department, that the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer has the financial ability to pay for the implementation of the necessary remedial action..

The preparation, approval, and implementation of a remedial action workplan for the industrial establishment may be deferred for that transfer until the use changes or until the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer closes operations..

*b.* Upon submission of a complete and accurate application, the department shall approve the deferral. Upon approval of the deferral, the preparation, approval, and implementation of a remedial action workplan at the industrial establishment shall be deferred..

*c.* The authority to defer the preparation, approval, and implementation of a remedial action workplan set forth in this section shall not be construed to limit, restrict, or prohibit the department from directing site remediation under any other statute, rule, or regulation, but shall be solely applicable to the obligations of the owner or operator of an industrial establishment, pursuant to the provisions of this act, nor shall any other provisions of this act be construed to limit, restrict, or prohibit the department from directing site remediation under any other statute, rule, or regulation.

For the purposes of this section, substantially the same use means that the industrial establishment shall retain the same three digit Industry Group Number, as designated in the Standard Industrial Classifications Manual prepared by the federal Office of Management and Budget in the Executive Office of the President of the United States. In a manner and form, and in accordance with the specific criteria prescribed by the department, an applicant may petition for a finding by the department that the affected industrial establishment be deemed subject to substantially the same use based upon its retention of the same two digit Major Group Number, as designated in the Standard Industrial Classifications Manual.

### **13:1K-11.1 Excluded transactions**

In the event of the closing, termination or transfer of an industrial establishment, which industrial establishment is all or part of a trust, receivership estate, guardianship estate or estate of a deceased person, only the assets of the trust or estate, or assets of any discharger other than the fiduciary of such trust or estate shall be subject to the obligation to remove the discharge as set forth in P.L.1983, c.330 (C.13:1K-6 et al.).

### **13:1K-11.2 Application for expedited review of proposed remediation plan; contents**

a. The owner or operator of an industrial establishment planning to close operations or transfer ownership or operations of an industrial establishment may, in lieu of complying with the provisions of subsection b. of section 4 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-9), apply to the department for an expedited review. An application for an expedited review pursuant to this section shall include:

- (1) the notice required pursuant to the provisions of subsection a. of section 4 of P.L.1983, c.330 (C.13:1K-9);
- (2) a certification that for the industrial establishment, a remedial action workplan has previously been implemented and a no further action letter has been issued pursuant to P.L.1983, c.330, a negative declaration has been previously approved by the department pursuant to P.L.1983, c.330, or the department or the United States Environmental Protection Agency, pursuant to the "Resource Conservation and Recovery Act," 42 U.S.C. s.6901 et seq. or the "Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980," 42 U.S.C. s.9601 et seq., or any other law, has previously approved a remediation of the industrial establishment equivalent to that performed pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330;
- (3) a certification that the owner or operator has performed remediation activities at the industrial establishment that are consistent with current regulations established by the department in order to identify areas of concern that are new or have continued in use since the issuance of a no further action letter, negative declaration approval, or remediation approval as described in paragraph (2) of this subsection, and, based on those remediation activities, that there has been no discharge of a hazardous substance or hazardous waste at the industrial establishment subsequent to the approval of the negative declaration, the issuance of the no further action letter, or the equivalent remediation; or, if any discharge has occurred,

a certification listing any discharge, describing the action taken to remediate the discharge, a certification that the remediation was performed in accordance with procedures established by the department, a certification that the remediation was approved by the department and a copy of the document evidencing the departmental approval;

(4) a certification that for any underground storage tank covered by the provisions of P.L.1986, c.102 (C.58:10A-21 et seq.), an approved method of secondary containment or a monitoring system as required by P.L.1986, c.102, has been installed;

(5) a copy of the most recent negative declaration, or no further action letter, or other approval, as applicable, approved by the department for the entire industrial establishment; and

(6) a proposed negative declaration..

b. Upon the submission of a complete and accurate application and after an inspection, if necessary, the department shall approve or disapprove the negative declaration. The department shall approve the negative declaration upon a finding that the information in the certifications submitted pursuant to subsection a. of this section is accurate. Upon a disapproval of the proposed negative declaration by the department pursuant to this section, the owner or operator shall comply with the provisions of section 4 of P.L.1983, c.330.

### **13:1K-11.3 Application for limited site review; contents**

a. The owner or operator of an industrial establishment planning to close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment may, in lieu of complying with the provisions of subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9), apply to the department for a limited site review. An application for a limited site review pursuant to this section shall include:

(1) the notice required pursuant to the provisions of subsection a. of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9);

(2) a certification that for the industrial establishment, a remedial action workplan has previously been implemented and a no further action letter has been issued pursuant to P.L.1983, c.330, a negative declaration has been previously approved by the department pursuant to P.L.1983, c.330, or the department or the United States Environmental Protection Agency, pursuant to the "Resource Conservation and Recovery Act," 42 U.S.C. 6901 et seq. or the "Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980," 42 U.S.C. 9601 et seq., or any other law, has previously approved a remediation of the industrial establishment equivalent to that performed pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330;

(3) a certification that the owner or operator has performed remediation activities at the industrial establishment that are consistent with current regulations established by the department in order to identify areas of concern and, based on those remediation activities, that subsequent to the issuance of the negative declaration, no further action letter or remediation approval described in paragraph (2) of this subsection, a discharge has occurred at the industrial establishment that was not remediated in accordance with the procedures established by the department or that any remediation performed has not been approved by the department and that

no other discharge of a hazardous substance or hazardous waste has occurred at the industrial establishment;

(4) a certification that for any underground storage tank covered by the provisions of P.L.1986, c.102 (N.J.S.A. 58:10A-21 et seq.), an approved method of secondary containment or a monitoring system as required by P.L.1986, c.102, has been installed;

(5) a copy of the most recent negative declaration, no further action letter, or other approval, as applicable, approved by the department for the industrial establishment; and

(6) a proposed negative declaration, if applicable.

b. Upon the submission of a complete application, and after an inspection if necessary, the department may:

(1) approve the negative declaration upon a finding that any discharge of a hazardous substance or hazardous waste, as certified to pursuant to paragraph (3) of subsection a. of this section, has been remediated consistent with the applicable remediation standards as established by the department; or

(2) require that the owner or operator perform a remediation as set forth in subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9) only for those areas of concern identified by the information provided pursuant to paragraph (3) of subsection a. of this section upon a finding that further investigation or remediation is necessary to bring the industrial establishment into compliance with the applicable remediation standards.

c. The owner or operator of an industrial establishment subject to the provisions of this section shall not close operations or transfer ownership or operations until a remedial action workplan, or a negative declaration, as applicable, has been approved by the department or upon approval of a remediation agreement as provided in subsection (e) of section 4 of P.L.1983, c.330.

#### **13:1K-11.4 Application for area of concern waiver; contents**

a. The owner or operator of an industrial establishment who is required to perform a remediation at an industrial establishment pursuant to subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9) may apply to the department for an area of concern waiver. Approval of the area of concern waiver shall relieve the owner or operator of the requirement to perform a remediation pursuant to subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9) for any area of concern at that industrial establishment for which a remediation has previously been conducted and approved by the department. An application pursuant to this subsection shall include:

(1) a certification that the department or the United States Environmental Protection Agency, pursuant to the "Resource Conservation and Recovery Act," 42 U.S.C. 6901 et seq. or the "Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980," 42 U.S.C. 9601 et seq., or any other law, has previously approved a remediation at an area of concern and has issued a no further action letter or an equivalent approval of a remediation for that area of concern;

(2) a copy of the most recent no further action letter or equivalent approval for that area of concern, approved by the department; and

(3) a certification that the owner or operator has performed remediation activities at that area of concern that are consistent with current regulations established by the department, and based on those remediation activities, that subsequent to the issuance of the no further action letter or equivalent approval described in paragraph (1) of this subsection, there has been no discharge of a hazardous substance or hazardous waste at that area of concern.

b. Upon submission of a complete and accurate application and after an inspection, if necessary, the department shall approve the application for an area of concern waiver upon a finding that the information in the certifications submitted pursuant to subsection a. of this section is accurate. Upon a disapproval of the application by the department pursuant to this section, the owner or operator shall perform a remediation of the subject area of concern as may be required pursuant to subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330.

**13:1K-11.5 Application for closing operations or transfer of ownership during process of remediation; contents**

a. The owner or operator of an industrial establishment may apply to the department to close operations or transfer ownership or operations at an industrial establishment without obtaining departmental approval of a remedial action workplan or a negative declaration or without the approval of a remediation agreement as provided in subsection (e) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9), if the industrial establishment is already in the process of a remediation pursuant to subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330 (N.J.S.A. 13:1K-9) or a remediation equivalent to that performed pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330, including a cleanup being performed under the "Resource Conservation and Recovery Act," 42 U.S.C. SS6901 et seq. or the "Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980," 42 U.S.C. SS9601 et seq.. The application shall include:

(1) the notice required pursuant to the provisions of subsection a. of section 4 of P.L.1983, c.330;

(2) a certification that there has been no discharge of any hazardous substance or hazardous waste at the industrial establishment during the applicant's period of operation or ownership or that the remediation of any discharge of a hazardous substance or hazardous waste that occurred during the applicant's period of ownership or operation was approved by the department;

(3) a certification by the owner or operator that a remediation funding source for the cost of the remediation or the implementation of the remedial action workplan at the industrial establishment has been established as required pursuant to section 25 of P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 58:10B-3); and

(4) a certification, as applicable, that any transferee of the industrial establishment has been notified that the industrial establishment is the subject of a remediation.

b. Upon the submission of a complete application, and upon a finding that the information submitted is accurate, the department shall authorize, in writing, that



the applicant may close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment.

**13:1K-11.6 Application for closure or transfer of ownership when discharge from regulated underground storage tank; contents**

*a.* The owner or operator of an industrial establishment may apply to the department to close operations or transfer ownership or operations at an industrial establishment without obtaining departmental approval of a remedial action workplan or a negative declaration or without the approval of a remediation agreement as provided in subsection (e) of section 4 of P. L. 1983, c.330 if the only areas of concern or the only discharges at the industrial establishment are from an underground storage tank or tanks regulated pursuant to P.L.1986, c.102 (N.J.S.A. 58:10A-21 et seq.). The application shall include:

(1) the notice required pursuant to the provisions of subsection a. of section 4 of P.L.1983, c.330;

(2) the submission of a preliminary assessment that shows that the only area of concern at an industrial establishment is an underground storage tank or tanks as defined pursuant to section 2 of P.L.1986, c.102 (N.J.S.A. 58:10A-22), or the submission of a site investigation that shows that the only discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment, or that has migrated offsite, above the applicable remediation standards are from a leak or discharge from that underground storage tank or tanks; and

(3) a certification that the owner or operator of the industrial establishment is in compliance with the provisions of P.L.1986, c.102 for all underground storage tanks at the industrial establishment that are covered by that act. The owner or operator of an industrial establishment, at which a discharge of a hazardous substance or hazardous waste from an underground storage tank has occurred, shall be deemed in compliance with the provisions of P.L.1986, c.102, as it relates to that discharge for the purposes of this paragraph, if the owner or operator has been issued an order by or has entered into an agreement with the department to remediate that discharge and the owner or operator is in compliance with that order or agreement.

*b.* Upon the submission of a complete application, and upon a finding that the information submitted is accurate, the department shall authorize, in writing, the applicant to close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment.

**13:1K-11.7 Application for closure or transfer of ownership when hazardous discharge of minimal environmental concern; contents**

*a.* The owner or operator of an industrial establishment may apply to the department to close operations or transfer ownership or operations at an industrial establishment without obtaining departmental approval of a remedial action workplan or without the approval of a remediation agreement as provided in subsection (e) of section 4 of P.L.1983, c.330 if the discharge of hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment is of minimal environmental concern.

Upon the completion of a preliminary assessment, site investigation, and remedial investigation for the industrial establishment, conducted pursuant to subsection (b) of section 4 of P.L.1983, c.330, any owner or operator may submit to the department an application for a determination that the discharge at an industrial establishment is of minimal environmental concern, which application shall include:

- (1) a certification, supported by the submission of data from the preliminary assessment, site investigation, and remedial investigation, that there are no more than two areas of concern at the industrial establishment that are contaminated at levels above the applicable remediation standards, and that remedial action at those areas of concern can be completed pursuant to standards and criteria established by the department within six months of the owner's or operator's receipt of the approval of the application by the department;
- (2) a certification that a remedial action workplan shall be prepared pursuant to standards and criteria established by the department and that the remediation will meet either the nonresidential use or residential use soil remediation standards and the applicable surface water and groundwater remediation standards;
- (3) a certification that the remedial action workplan will be prepared and implemented pursuant to standards and criteria established by the department within six months of the owner's or operator's receipt of the approval of the application by the department;
- (4) evidence that the remediation funding source required pursuant to section 25 of P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 58:10B-3) has been established;
- (5) the payment of all fees or surcharges related to the remediation imposed pursuant to P.L.1983, c.330, P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 13:1K-9.6 et al.), and section 33 of P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 58:10B-11), and any rules or regulations adopted pursuant thereto; and
- (6) documentation establishing that the discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment do not pose a threat to human health because of the proximity of an area of concern to a drinking water source or because of the location, complexity, or the nature of the discharge.

*b.* Upon the submission of a complete application, and upon a finding that the information submitted is accurate, the department shall approve the application for a determination that the discharge at an industrial establishment is of minimal environmental concern. Prior to making a finding upon the application pursuant to this section, the department may inspect the industrial establishment, as necessary, to verify the information in the application. The decision of the department shall be made within 30 days of the submission of a complete application. In determining the amount of time necessary to complete the remedial action, the department shall not include that time in which it takes the department to issue a permit for a discharge to surface water pursuant to P.L.1977, c.74 (N.J.S.A. 58:10A-1 et seq.).

*c.* The owner or operator shall, upon the completion of the remedial action at the subject areas of concern, certify to the department that the remedial action workplan has been implemented in accordance with the standards and criteria established by the department and in compliance with the certifications made pursuant

to this section. The certification shall include a copy of the remedial action workplan and the results of all sampling analysis and any tests performed as part of the remedial action. Within 45 days of receipt of the certification, the department shall issue a no further action letter to the owner or operator. The department may perform an inspection of the industrial establishment or any area offsite that is under the owner's or operator's control, as relevant, prior to issuing the no further action letter.

The department may refuse to issue the no further action letter pursuant to this section only upon a finding that hazardous substances or hazardous wastes remain at the relevant areas of concern at levels or concentrations in excess of the applicable remediation standards.

*d.* Upon the failure of an owner or operator to complete the implementation of a remedial action workplan within the six month period as provided in subsection *a.* of this section, the owner or operator shall so notify the department in writing and provide the reasons therefore. The owner or operator shall have no more than 120 additional days to complete the implementation of the remedial action. If the implementation of the remedial action is not completed within this additional time, the department may rescind its determination that the industrial establishment is of minimal environmental concern and may require that a new remedial action workplan be submitted and implemented by the owner or operator in a manner and under the terms and conditions provided in its general regulations for remedial action workplan submissions and implementation.

**13:1K-11.8 Application for certificate of limited conveyance; transfer of additional portions of real property; establishment of remediation trust fund**

*a.* The owner of an industrial establishment may transfer a portion of the real property on which an industrial establishment is situated without conducting a remediation of the entire industrial establishment pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330, if, upon application by the owner, the department issues a certificate of limited conveyance pursuant to subsections (b) through (e) of this section, or if the owner transfers the portion of real property in accordance with the provisions of subsection (f) of this section.

*b.* An application for a certificate of limited conveyance shall be in the form of a certification by the owner which shall include a description of the real property to be transferred, an appraisal of the real property to be transferred, the sale price or market value of the real property to be transferred, an appraisal of the entire industrial establishment, and an appraisal of the remaining property if the certificate of limited conveyance were issued, as well as any other information the department deems necessary to make the findings required in subsection (c) of this section.

*c.* The department shall issue a certificate of limited conveyance for a portion of the real property on which an industrial establishment is situated after the submission of a complete and accurate application and upon a finding that the sales price or market value of the real property to be conveyed, together with any additional diminution in value to the remaining property as a result of the conveyance is not more than one third of the total appraised value of the industrial establishment prior to the transfer, and that the remaining real property is an industrial

establishment subject to the provisions of P.L.1983, c.330. The appraisals shall be made no more than one year prior to the submission of application for a certificate of limited conveyance. Conveyances made pursuant to this section shall not exceed one third of the value of the industrial establishment during the period of ownership of the applicant.

*d.* Upon issuance of the certificate of limited conveyance, the owner or operator shall, prior to the conveyance, comply with the provisions of section 4 of P.L.1983, c.330 for that portion of the real property certified for conveyance. The remediation that may be required on the real property subject to the certificate of limited conveyance shall include any hazardous substances or hazardous wastes that are migrating from the remaining portion of the industrial establishment onto the real property being conveyed. The remaining portion of the industrial establishment, upon the subsequent closing of operations or transferring of ownership or operations, shall be subject to the provisions of P.L.1983, c.330 and P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 13:1K-9.6 et al.).

*e.* A certificate of limited conveyance shall be valid for three years from the date of issuance.

*f.* An owner, either as part of or subsequent to a conveyance made in accordance with subsections (b) through (e) of this section, may transfer additional portions of the real property of the industrial establishment in excess of the conveyance limitation set forth in subsection (c) of this section; provided, however, that the additional portions proposed for transfer do not constitute a closing of operations or transferring of ownership or operations, subject to section 4 of P.L.1983, c.330. The amount paid for the additional portion of real property, or any part thereof, which exceeds the permissible conveyance limitation under subsection (c) of this section shall be used exclusively for the purposes of remediating that parcel of real property in accordance with the provisions of subsection (d) of this section; provided, however, if any portion of that amount shall remain unexpended for the remediation of the parcel, that unexpended amount shall be deposited in a remediation trust fund as provided in subsection g. of this section.

*g.* To provide for the subsequent remediation of that portion of the real property of an industrial establishment which was not transferred pursuant to subsection (f) of this section, the owner shall establish a remediation trust fund in accordance with subsection (c) of section 25 of P.L.1993, c.139 (N.J.S.A. 58:10B-3) and shall deposit any unexpended amounts, as provided in subsection (f) of this section, into that fund.

**13:1K-11.9 Remediation information to be shared by landlord and tenant; petition to compel compliance with remediation responsibilities**

*a.* Where the owner of an industrial establishment is a landlord and the operator of the industrial establishment is a tenant, the landlord shall be responsible for providing any information that is requested by the tenant that is not otherwise available through a diligent inquiry by the tenant, and the tenant shall be responsible for providing any information that is requested by the landlord that is not otherwise available through a diligent inquiry by the landlord.

*b.* Where the owner of an industrial establishment is a landlord and the operator of

the industrial establishment is a tenant, the person that remediates the industrial establishment shall provide copies to the other person of all submissions to the department concerning the remediation.

*c.* Where the owner of an industrial establishment is a landlord and the operator of the industrial establishment is a tenant, and there has been a failure to comply with the provisions of P.L.1983, c.330, the landlord or the tenant may petition the department, in writing, to first compel that party who is responsible pursuant to the provisions of the lease, to comply with the requirements of P.L.1983, c.330. The petition shall include a copy of the signed lease between the landlord and the tenant. Upon a determination by the department that the provisions of the lease are unclear as it relates to the responsibility of either party to comply with the provisions of P. L. 1983, c. 330, or upon the failure by the person responsible pursuant to the provisions of the lease to comply, the department may compel compliance by all persons subject to the requirements of P.L.1983, c.330 for the industrial establishment.

#### **13:1K-11.10 Avoidance of penalty**

*a.* Any person who, prior to the effective date of P.L.1993, c.139, violated the provisions of P.L.1983, c.330 by closing operations or transferring ownership or operations of an industrial establishment without receiving departmental approval of a cleanup plan or a negative declaration pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330, or without entering into an administrative consent order that allows the closure of operations or transfer of ownership or operations, shall not be subject to a penalty for that violation if the person notifies the department of the closure of operations or of the transfer of ownership or operations of the industrial establishment, and, within one year of the effective date of P.L.1993, c.139, enters into an administrative consent order or a memorandum of agreement with the department to complete a remediation of the industrial establishment pursuant to the provisions of P.L.1983, c.330 and any rules or regulations adopted pursuant thereto.

*b.* Notwithstanding the provisions of subsection (a) of this section, any person who enters into a memorandum of agreement or an administrative consent order with the department pursuant to this section and fails to remediate the industrial establishment in accordance with the memorandum of agreement or administrative consent order shall be subject to penalties for violations that occurred before the effective date of P.L.1993, c.139 as well as any penalties for subsequent violations.

*c.* Any documents or information provided to the department pursuant to this section may not be used in a criminal investigation or criminal prosecution against the person providing the information or documents for those violations that occurred before the effective date of P.L.1993, c.139 as long as the person remediates the industrial establishment in conformance with the administrative consent order or memorandum of agreement entered into pursuant to subsection (a) of this section.

(...)

**13:1K-12 Obligations imposed by act not affected by bankruptcy proceedings and constitute continuing regulatory obligations imposed by state**

No obligations imposed by this act shall constitute a lien or claim which may be limited or discharged in a bankruptcy proceeding. All obligations imposed by this act shall constitute continuing regulatory obligations imposed by the State.

**13:1K-13 Failure to comply with act; voiding sale or transfer; liability of transferor; violations; penalties**

*a.* Failure of the transferor to perform a remediation and obtain department approval thereof as required pursuant to the provisions of this act is grounds for voiding the sale or transfer of an industrial establishment or any real property utilized in connection therewith by the transferee, entitles the transferee to recover damages from the transferor, and renders the owner or operator of the industrial establishment strictly liable, without regard to fault, for all remediation costs and for all direct and indirect damages resulting from the failure to implement the remedial action workplan. A transferee may not act to void the sale or transfer of an industrial establishment or any real property except upon providing notice to the transferor of the failure to perform and affording the transferor a reasonable amount of time to comply with the provisions of this act.

*b.* Any person who knowingly gives or causes to be given any false information or who fails to comply with the provisions of this act is liable for a penalty of not more than \$25,000.00 for each offense. If the violation is of a continuing nature, each day during which it continues shall constitute an additional and separate offense. Penalties shall be collected in a civil action by a summary proceeding under “the penalty enforcement law” (N.J.S.2A:58-1 et seq.). Any officer or management official of an industrial establishment who knowingly directs or authorizes the violation of any provisions of this act shall be personally liable for the penalties established in this subsection.

(...)

**CHAPTER 26B INDUSTRIAL SITE RECOVERY ACT RULES****SUBCHAPTER 1. GENERAL INFORMATION****7:26B-1.1 Scope and authority**

This chapter constitutes the rules governing the implementation of the Industrial Site Recovery Act, P.L. 1993 c.139 (N.J.S.A. 13:1K-6 et seq.).

(...)

**7:26B-1.4 Definitions**

The following words and terms, when used in this chapter, shall have the following meanings unless the context clearly indicates otherwise.

“Act” or “ISRA” means the Industrial Site Recovery Act, N.J.S.A. 13:1K-6 et seq.

(...)

“Applicable remediation standard” means a remediation standard defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Area of concern” means any area defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation.

“Authorization letter” means a written statement issued by the Department that authorizes an owner or operator of an industrial establishment to transfer ownership or operations or in the case of a cessation of operations, authorizes the cessation of operations as it relates to the owner and operators obligation to remediate the industrial establishment.

“Authorized agent” means the person authorized to receive correspondence or communications, on behalf of the person responsible for conducting the remediation of the industrial establishment, for matters covered by this chapter.

“Change in ownership” means, unless otherwise provided at N.J.A.C. 7:26B-2.2:

1. The sale or transfer of the business of an industrial establishment;
2. The sale or transfer of any of the real property on which the industrial establishment operates, including any of the block(s) and lot(s) upon which the operations of the industrial establishment are conducted and any contiguous block(s) and lot(s) controlled by the same owner or operator that are vacant land;
3. The sale or transfer of title to an industrial establishment or the real property of an industrial establishment by exercising an option to purchase;
4. The sale or transfer of a general partnership interest in a general partnership or in a limited partnership or the sale or transfer of a limited partnership interest in a limited partnership where the limited partner is liable for the obligation of the limited partnership pursuant to the limited partnership agreement or by law, which results in any one of the following:
  - i. The change in the general partner, or the limited partner where the limited partner is liable for the obligations of the partnership, holding the controlling interest in the direct owner or operator of the industrial establishment;
  - ii. The reduction, by 10 percent or more of the assets available for remediation of the industrial establishment; or
  - iii. The change in the general partner or the limited partner where the limited partner is liable for the obligations of the partnership, holding the controlling interest in the indirect owner of the industrial establishment where the indirect owner’s assets would be available for remediation pursuant to the criteria listed at N.J.A.C. 7:26B-2.2(b). Notwithstanding the reference to N.J.A.C. 7:26B-2.2(b), this definition does not require that a person submit an application for an applicability determination in order for a transaction to satisfy the standards set forth at N.J.A.C. 7:26B-2.2(b);
5. The sale or transfer of the sole general partner’s entire interest in a limited partnership where the limited partnership is one of the following:
  - i. The limited partnership is the direct owner or operator of the industrial establishment; or
  - ii. The limited partnership has the controlling interest in the indirect owner of the industrial establishment where the indirect owner’s assets would be available for remediation pursuant to the criteria listed at N.J.A.C. 7:26B-2.2(b).

Notwithstanding the reference to N.J.A.C. 7:26B-2.2(b), this definition does not require that a person submit an application for an applicability determination in order for a transaction to satisfy the standards set forth at N.J.A.C. 7:26B-2.2(b);

**6.** The reorganization of a general or limited partnership into a corporation, limited liability company, limited liability partnership or other similar business entity;

**7.** The sale or transfer of stock in a corporation or interest in a limited liability company, resulting in a merger or consolidation involving the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment;

**8.** The sale or transfer of stock in a corporation or interest in a limited liability company, resulting in a change in the person holding the controlling interest in the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment; and

**9.** The sale or transfer of interests in a limited liability company that owns or operates an industrial establishment, is the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment, where the indirect owner's assets would be available for remediation pursuant to the criteria listed at N.J.A.C. 7:26B-2.2(b), that would reduce, by 10 percent or more, the assets available for remediation of the industrial establishment.

"Closing operations" means, unless otherwise provided at N.J.A.C. 7:26B-2.4:

**1.** The cessation of operations which, as measured on a constant, annual date specific basis, within any five-year period:

i. Results in at least a 90 percent reduction in the total value of the product output from the entire industrial establishment; or

ii. For industrial establishments which product output is undefined:

(1) Results in at least a 90 percent reduction in the number of employees; or

(2) Results in at least a 90 percent reduction in the area of operations of an industrial establishment;

**2.** Any temporary cessation of operations of an industrial establishment for a period greater than two years;

**3.** An industrial establishment becomes nonoperational for health or safety reasons as a result of a judicial proceeding or final agency action;

**4.** The initiation of bankruptcy proceedings pursuant to Chapter 7 of the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§ 701 et seq. or the filing of a plan of reorganization that provides for a liquidation pursuant to Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C. §§ 1101 et seq.;

**5.** Any change of operations of an industrial establishment that changes the industrial establishment's North American Industry Classification System number to one that is not subject to ISRA;

**6.** The termination of a lease or sublease, unless there is no disruption in operations of the industrial establishment; and

**7.** The assignment of a lease or sublease, unless there is no change in the operator of the industrial establishment and there is no disruption in operations of the industrial establishment.

"Commissioner" means the Commissioner of the Department of Environmental Protection or his or her authorized representative.

"Controlling interest" means the interest held by a person or person(s) who possess(es) the power to direct or cause the direction of the management and policies



of a corporation, partnership or other business entity based on the criteria in N.J.A.C. 7:26B-2.2(d).

Notwithstanding the reference to N.J.A.C. 7:26B-2.2(d), this definition does not require that a person submit an application for an applicability determination in order for a person or transaction to satisfy the standards set forth at N.J.A.C. 7:26B-2.2(d).

“Corporate reorganization not substantially affecting ownership” means the restructuring or reincorporation by the management or owners of an entity, which does not diminish the availability of assets for any remediation, diminish the Department’s ability to reach those assets, or otherwise hinder the owner’s or operator’s ability to remediate the industrial establishment based on the criteria in N.J.A.C. 7:26B-2.2(c). Notwithstanding the reference to N.J.A.C. 7:26B-2.2(c), this definition does not require that a person submit an application for an applicability determination in order for a transaction to satisfy the standards set forth at N.J.A.C. 7:26B-2.2(c).

“Department” means the New Jersey Department of Environmental Protection.

“Direct owner or operator” means any person that directly owns or operates an industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment shall not be deemed to be a direct owner or operator of the industrial establishment unless or until it loses its exemption under N.J.S.A. 58:10-23.11g4 or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed, or by court order or other process.

“Discharge” means any intentional or unintentional action or omission resulting in the releasing, spilling, leaking, pumping, pouring, emitting, emptying or dumping of a hazardous substance or hazardous waste into the waters or onto the lands of the State.

“Engineering controls” means any physical mechanism defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“GIN” means General Information Notice described at N.J.A.C. 7:26B-3.3(a).

“Hazardous substance” means any substance defined as such pursuant to the Discharges of Petroleum and Other Hazardous Substances Regulations, N.J.A.C. 7:1E.

“Hazardous waste” means any waste defined as such pursuant to the Solid Waste Management Act, N.J.S.A. 13:1E et seq., that is further defined as a hazardous waste pursuant to the Solid Waste Regulations, N.J.A.C. 7:26-1.6.

“Indirect owner” means any person who holds a controlling interest in a direct owner or operator, holds a controlling interest in another indirect owner, or holds an interest in a partnership which is the indirect owner or a direct owner or operator, of an industrial establishment.

“Industrial establishment” means any place of business or real property at which such business is conducted, having the North American Industry Classification System (NAICS) codes listed in Appendix C dated and published in 2002 by the Executive Office of the President of the United States, Office of Management and Budget, ISBN 0-934213-87-9 NTIS PB2002-502024, subject to the specified exceptions and limitations and engaged in operations on or after December 31, 1983, which involve the generation, manufacture, refining, transportation, treat-

ment, storage, handling, or disposal of hazardous substances and wastes on-site, above or below ground unless otherwise provided at N.J.A.C. 7:26B-2.1. Except as provided below for lease properties, the industrial establishment includes all of the block(s) and lot(s) upon which the business is conducted and those contiguous block(s) and lot(s) controlled by the same owner or operator that are vacant land, or that are used in conjunction with such business. For lease properties, the industrial establishment includes the leasehold and any external tank, surface impoundments, septic systems, or any other structures, vessels, contrivances, or units that provide, or are utilized for, hazardous substances and wastes to or from the leasehold.

“Innovative remedial action technology” means a remedial action defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Institutional controls” means a mechanism defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Limited restricted use remedial action” means a remedial action defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Negative declaration” means a written declaration, submitted by the owner or operator of an industrial establishment, or other person assuming responsibility for the remediation under ISRA and this chapter, to the Department certifying that there has been no discharge of hazardous substances or hazardous wastes on the industrial establishment, or that any such discharge on the industrial establishment or discharge that has migrated from the industrial establishment has been remediated in accordance with procedures approved by the Department and in accordance with N.J.A.C. 7:26E.

“No further action letter” means a written determination by the Department that, based upon an evaluation of the historical use of the industrial establishment, or of an area of concern or areas of concern, as applicable, and any other investigation or action the Department deems necessary, there are no discharged hazardous substances or hazardous wastes present at the industrial establishment or area(s) of concern, or any other property to which discharged hazardous substances or hazardous wastes originating at the industrial establishment have migrated, or that any discharged hazardous substances or hazardous wastes present at the industrial establishment or that have migrated from the industrial establishment have been remediated in accordance with applicable remediation regulations. The Department may issue a “no further action letter” if hazardous substances or hazardous wastes remain on the industrial establishment or any other property with appropriate engineering and institutional controls.

“Operator” means any person, including users, tenants, or occupants, having and exercising direct actual control of the operations of an industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment is not an operator of the industrial establishment unless or until it loses its exemption under N.J.S.A. 58:10-23.11g4 or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed, or by court order or other process.

“Owner” means any person who owns the real property of an industrial establishment or who owns the industrial establishment. A holder of a mortgage or other security interest in the industrial establishment is not an owner of the industrial

establishment unless or until it loses its exemption under N.J.S.A. 58:10-23.11g4 or obtains title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed, or by court order or other process.

“Person” means any individual or entity, including without limitation, a public or private corporation, company, estate, association, society, firm, partnership, joint stock company, foreign individual or entity, interstate agency or authority, the United States and any of its political subdivisions, the State of New Jersey, or any of the political subdivisions of within the State of New Jersey, or any of the other meanings which apply to the common understanding of the term.

“Preliminary assessment” means the first phase of remediation defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Remedial action” means those actions defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Remedial action workplan” means a plan defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Remedial investigation” means those actions to investigate a discharge defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Remediation” or “remediate” means all necessary actions defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Remediation agreement” means a document the Department issues for the transfer of an industrial establishment prior to the completion of the remediation.

“Restricted use remedial action” means a remedial action defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Restricted use standard” means a remediation standard as defined in N.J.A.C. 7:26E-1.8.

(...)

“Site investigation” means the collection and evaluation of data defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Transferring ownership or operations” means:

1. Any transaction or proceeding through which an industrial establishment undergoes a change in ownership;
2. The sale or transfer of more than 50 percent of the assets of an industrial establishment, excluding real property within any five-year period as measured on a constant, annual date-specific basis. The term does not include the sale or transfer of equipment or machinery in order to replace, modify, or retool existing equipment or machinery;
3. The execution of a lease for a period of 99 years or longer for an industrial establishment;
4. The dissolution of an entity that is an owner or operator or indirect owner of an industrial establishment, except for any dissolution of an indirect owner of an industrial establishment whose assets would have been unavailable for the remediation of the industrial establishment if the dissolution had not occurred; or
5. Any transfer of an industrial establishment to a trust, except where grantor and beneficiary are identical or are members of the same family. As used in this paragraph, “family” means any of the relations included at N.J.A.C. 7:26B-2.1(a)4.

“Unrestricted use remedial action” means a remedial action defined as such pursuant to the Technical Requirements for Site Remediation, N.J.A.C. 7:26E.

“Unrestricted use standard” means a remediation standard as defined in N.J.A.C. 7:26E.

(...)

#### **7:26B-1.6 Certifications and signatories**

(a) Any person submitting an application, workplan, report or other submission to the Department pursuant to ISRA and this chapter shall include the certification provided at (c) below, as applicable. The person submitting the certification provided at (c) below shall sign the certification in accordance with (e) below.

(b) Any person submitting a remediation agreement application or remediation agreement amendment application to the Department pursuant to ISRA and N.J.A.C. 7:26B-4 shall include the certifications provided at (d)1, 2 and 3 below in addition to the certification required pursuant to (a) above, prior to the Department’s issuance of the remediation agreement or a remediation agreement amendment. The person submitting the certifications provided at (d)1, 2 and 3 below shall sign the certifications in accordance with (e) below.

(c) The following certification is for any application, workplan, report or other request to the Department pursuant to ISRA and this chapter:

“I certify under penalty of law that I have personally examined and am familiar with the information submitted in this application and all attached documents, and that based on my inquiry of those individuals immediately responsible for obtaining the information, To the best of my knowledge the submitted information is true, accurate and complete. I am aware that there are significant civil penalties for knowingly submitting false, inaccurate or incomplete information and that I am committing a crime of the fourth degree if I make a written false statement which I do not believe to be true. I am also aware that if I knowingly direct or authorize the violation of N.J.S.A. 13:1K-6 t seq., I am personally liable for the penalties set forth at N.J.S.A. 13:1K-13.”

(d) The following certifications are for any remediation agreement application or remediation agreement amendment application submitted to the Department pursuant to ISRA and N.J.A.C. 7:26B-4:

**1.** The owner or operator of the industrial establishment shall execute the following certification:

“I hereby certify that I am fully aware of the requirements of the Industrial Site Recovery Act, N.J.S.A. 13:1K-1 et seq., as it pertains to the remediation of the 9 industrial establishment subject to this remediation agreement. Specifically, I am fully aware of the responsibilities of the owner or operator of the industrial establishment to remediate the site in accordance with ISRA and this chapter. I acknowledge that a remediation agreement has been requested to allow the transaction referenced in the remediation agreement application to proceed prior to completion of all ISRA compliance requirements and that the person entering into the remediation agreement is agreeing to comply with all ISRA requirements. I further acknowledge that the execution of a remediation agreement shall not

release [Person] from any responsibilities [Person] have pursuant to ISRA and this chapter.”

2. The owner or operator of the industrial establishment shall execute the following certification:

“I hereby certify that I acknowledge that the transaction and industrial establishment that are the subject of this remediation agreement is a transfer of ownership or operations of an industrial establishment as defined by ISRA and N.J.A.C. 7:26B. I further acknowledge that [Person] is subject to penalties for violations of ISRA and this N.J.A.C. 7:26B. I am fully aware of [Person’s] responsibilities to allow the Department access to the subject industrial establishment and of the requirements to prepare and submit any documents relevant to the remediation of the subject industrial establishment as required by the Department.”

3. The purchaser, transferee, or lessee of the industrial establishment shall execute the following certification:

“I hereby certify that [Person] is the transferee and/or new lessee of the industrial establishment subject to this remediation agreement. I have read this application and am aware of the requirements and conditions of ISRA and the remediation agreement.

[Person] expressly agrees to allow the Department, seller, previous owner, previous operator, any other person subject to the remediation agreement, and any of their respective agents or assignees the right to enter the industrial establishment after the ISRA-subject transaction has taken place and/or the lease has been executed for completion of the remediation of the industrial establishment. Additionally, I acknowledge and understand that if a restricted use or limited restricted use remedial action is warranted at the subject industrial establishment, institutional controls and engineering controls as defined in N.J.S.A. 13:1K-6 et seq., N.J.S.A. 58:10B-1 et seq., N.J.A.C. 7:26C, N.J.A.C. 7:26E and N.J.A.C. 7:26B may be necessary.”

(e) The certifications required by (a) and (b) above shall be executed as follows:

1. For a corporation or limited liability company, by a principal executive officer of at least the level of vice president;

2. For a partnership or sole proprietorship, by a general partner or the proprietor, respectively;

3. For a municipality, state, Federal or other public agency, by either a principal executive officer or ranking elected official; or

4. By a duly authorized representative of the corporation, partnership, sole proprietorship, municipality, state or Federal or other public agency, as applicable. A person is deemed to be a duly authorized representative if the person is authorized in writing by an individual described in (e)1, 2 or 3 above and the authorization meets the following criteria:

i. The authorization specifies either an individual or a position having responsibility for the overall operation of the industrial establishment or activity, such as the position of plant manager, or a superintendent or person of equivalent responsibility (a duly authorized representative may thus be either a named individual or any individual occupying a named position);

ii. The written authorization is submitted to the Department; and

iii. If an authorization is no longer accurate because a different individual or position has responsibility for the overall operation of the industrial establishment or activity, a new authorization satisfying the requirements of this section shall be submitted to the Department prior to or together with any reports, information, or applications to be signed by an authorized representative.

(f) All signatures required by this section shall be notarized.

#### **7:26B-1.7 Department review**

(a) The Department shall review and approve or disapprove all submissions by an owner or operator based on the following criteria:

1. Whether the remediation workplan and report was prepared, implemented or completed in compliance with N.J.A.C. 7:26C, 7:26E and this chapter;
2. Whether all the information and documents required to be submitted to the Department have been submitted; and
3. Whether the information submitted is sufficient, complete or accurate.

(b) The Department shall inform the owner or operator, in writing, of the results of the Department's review of the submission, including any deficiencies in the submittal or required additional remediation. The owner or operator shall then complete all required additional remediation and address any deficiencies prior to the Department's issuance of a no further action letter or authorization letter.

#### **7:26B-1.8 No further action letter and authorization letter**

(a) The Department shall issue a no further action letter upon the Department's approval of the remediation of an industrial establishment or area of concern pursuant to ISRA and this chapter. The scope of the no further action letter shall be consistent with the scope of the remediation that the Department has approved.

(b) The Department's issuance of a no further action letter pursuant to ISRA and this chapter may include an authorization for the owner or operator to close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment as designated in the General Information Notice pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2.

(c) The Department may authorize an owner or operator to transfer ownership or operations of an industrial establishment, or in the case of a cessation of operations authorize the cessation as it relates to ISRA compliance, through the issuance of an authorization letter without, or prior to the issuance of, a no further action letter in the following circumstances:

1. The Department's issuance of a remediation agreement or remediation agreement amendment pursuant to N.J.A.C. 7:26B-4;
2. The Department's approval of a regulated underground storage tank waiver application pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5.3(e);
3. The Department's approval of a remediation in progress waiver application pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5.4(d);
4. The Department's approval of a minimal environmental concern review application pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5.6(e); and
5. The Department's approval of a remedial action workplan deferral pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5.8.

(d) The issuance of an authorization letter pursuant to (c) above may not relieve the owner or operator or any person responsible for conducting the remediation of the industrial establishment, of the obligations to remediate the industrial establishment pursuant to ISRA, this chapter and any other applicable law.

(...)

#### **7:26B-1.10 Liability for ISRA compliance**

(a) Except as provided in (e) below and notwithstanding (f), (g) and (h) below, both the owner and operator are strictly liable without regard to fault, for compliance with ISRA and this chapter.

(b) At the Department's discretion, any other person, including, without limitation, a purchaser, transferee, or mortgagee, may sign a remediation agreement; however, such persons shall become responsible for the remediation of the industrial establishment for compliance with ISRA.

(c) An owner or operator shall not transfer ownership or operations of an industrial establishment until:

1. The Department has issued a no further action letter for the industrial establishment pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(a);
2. The Department has approved a remedial action workplan for the industrial establishment pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.7(b);
3. The owner or operator has executed a remediation agreement or remediation agreement amendment issued by the Department pursuant to N.J.A.C. 7:26B-4.1(b); or
4. The Department has issued an authorization letter to the owner or operator pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(c).

(d) An owner or operator that is closing operations shall be required to amend the General Information Notice submitted in accordance with N.J.A.C. 7:26B- 3.2(a) for any subsequent transfer of ownership or operations of the industrial establishment that occurs prior to (c)1 or 2 above.

(e) Any person, other than the owner or operator of the industrial establishment, that has obtained title to the industrial establishment by deed of foreclosure, by other deed or transfer, or by court order or other process, shall not be deemed an owner or operator of that industrial establishment where the operator had closed operations prior to the transfer of title and where no new industrial establishment has operated under the person's ownership. Nothing contained herein shall be construed as a waiver or release of liability by the Department of an owner or operator subject to the requirements of this chapter for the industrial establishment.

(f) Where the owner of an industrial establishment is a landlord and the operator of the industrial establishment is a tenant, and there has been a failure to comply with the provisions of this chapter, the landlord or the tenant may petition the Department to seek ISRA compliance from that party who is responsible pursuant to the provisions of the lease, to comply with the requirements of this chapter. The petitioning party shall submit the following to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26C-1.5:

1. A written request to the Department to seek ISRA compliance first from that party that has agreed to be responsible pursuant to the provisions of a lease. The

written request shall be in the form of a Landlord/Tenant Petition as specified in Appendix B incorporated herein by reference. The petitioning party shall send a copy of the petition to the other party(s) to the lease, by certified mail, return receipt requested, at the time of the mailing of the petition to the Department; and 2. A copy of the signed lease between the landlord and tenant.

(g) Based on the information submitted pursuant to (f)1 and 2 above, the Department may determine that the lease clearly defines the responsibilities of either person to comply with the provisions of this chapter. The Department shall seek ISRA compliance from the person deemed responsible pursuant to the lease. The Department's determination shall not be construed as a waiver or release of liability by the Department of any person who may be subject to the requirements of this chapter for the industrial establishment.

(h) The Department may compel compliance by both parties if the Department determines that the lease does not clearly define the responsibilities of the owner or operator of the industrial establishment, or upon the failure by the person responsible pursuant to the lease to comply with the provisions of this chapter.

#### **7:26B-1.11 Civil Penalties**

(a) Any person who knowingly gives or causes to be given any false information or who fails to comply with the provisions of the Act or this chapter shall be liable for a civil penalty of not more than \$25,000 for each offense. If the violation is of a continuing nature, each day during which it continues shall constitute an additional and separate offense.

(b) The Department may assess a civil administrative penalty, pursuant to the Oversight Rules, N.J.A.C. 7:26C-10, against any person who violates the requirements of this chapter to remediate contamination.

(c) Any officer or management official of an industrial establishment who knowingly directs or authorizes the violation of any provision of ISRA or this chapter shall be personally liable for any penalties provided by ISRA or this chapter.

(d) In its discretion, the Department may compromise and settle any claim for a penalty pursuant to ISRA or this chapter.

### **SUBCHAPTER 2. APPLICABILITY**

#### **7:26B-2.1 Operations and transactions not subject to ISRA**

(a) The following transactions shall not be considered closing operations or transferring of operations or ownership:

1. Corporate reorganization not substantially affecting the ownership or control of the industrial establishment in accordance with N.J.A.C. 7:26B-2.2(c);

2. A transaction or series of transactions involving the transfer of stock and/or assets among corporations under common ownership if the transaction or transactions will not result in:

i. The diminution of the net worth of the corporation that directly owns or operates the industrial establishment by more than 10 percent; or

ii. A greater or equal amount of assets are available for the remediation of the industrial establishment before and after the transaction or transactions;



3. A transaction or series of transactions involving the transfer of stock and/or assets resulting in the merger or de facto merger or consolidation of the indirect owner with another person, when the indirect owner's assets would have been unavailable for remediation in accordance with N.J.A.C. 7:26B-2.2(b) if the transaction or transactions had not occurred;
4. A transaction or series of transactions involving the transfer of stock and/or assets resulting in a change in the person holding the controlling interest of an indirect owner of an industrial establishment, when the indirect owner's assets would have been unavailable for remediation in accordance with N.J.A.C. 7:26B-2.2(b) if the transaction or transactions had not occurred;
5. A transfer where the transferor is the sibling, spouse, child, parent, grandparent, spouse of child, child of a sibling, or sibling of a parent, of the transferee;
6. A transfer to confirm or correct any deficiencies in the recorded title of an industrial establishment;
7. A transfer to release a contingent or reversionary interest except for any transfer of a lessor's reversionary interest in leased real property;
8. A transfer of an industrial establishment by devise or intestate succession;
9. The granting or termination of an easement or a license to any portion of an industrial establishment;
10. The sale or transfer of real property or closing operations of an industrial establishment pursuant to a condemnation proceeding initiated pursuant to the "Eminent Domain Act of 1971," N.J.S.A. 20:3-1 et seq.;
11. The execution, delivery and filing or recording of any mortgage, security interest, collateral assignment or other lien on real or personal property or refinancing of any debt not including a sale and lease back, by the owner or operator of an industrial establishment;
12. Any transfer of personal property pursuant to a valid security agreement, collateral assignment or other lien, including, but not limited to, seizure or replevin of such personal property which transfer is for the purpose of implementing the secured party's rights in the personal property which is the collateral;
13. A sale or transfer of assets of an industrial establishment that is in the ordinary course of business;
14. The termination of a lease of an industrial establishment where the lease is renewed by the same tenant without a disruption in operations;
15. The execution of a lease for a period of less than 99 years;
16. The sale of a single or multi-family dwelling used primarily for residential purposes;
17. The transfer to a beneficiary pursuant to the terms of a trust;
18. The change, substitution or replacement of a trustee, administrator, executor, guardian, conservator or fiduciary, where the trust, estate or other similar mechanism is an owner or operator of an industrial establishment;
19. Obtaining construction loans by the owner or operator of an industrial establishment;
20. A change in NAICS number as a result of a change in the NAICS manual without a change in the operations of the industrial establishment;

21. The sale or transfer of stock or assets, or both, in a corporation, if the sale or transfer is part of a reorganization of the corporation into a limited liability company, which shall not result in the diminution of the net worth of the corporation and limited liability company, respectively, that directly owns or operates the industrial establishment, before and after the transaction or transactions and does not result in a change in the person or person holding the controlling interest of the entity; and

22. A transaction or series of transactions involving the transfer of stock or assets of a corporation, or the sale or transfer of interests in a limited liability company, that is a direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment, resulting in a merger or consolidation, where the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment is the surviving or resulting person.

(b) The following operations are not industrial establishments:

1. Those portions of a solid waste or hazardous waste facility subject to operational closure or post-closure maintenance requirements pursuant to the following:

- i. The Solid Waste Management Act, N.S.J.A. 13:1E-1 et seq.;
- ii. The Major Hazardous Waste Facilities Siting Act, N.S.J.A. 13:1E-49 et seq.; or
- iii. The Solid Waste Disposal Act, 42 U.S.C. §§ 6901 et seq.;

2. Any office, located on a separate tax lot and block from the industrial establishment it serves, in which personnel are engaged primarily in general administrative, personnel, supervisory, accounting, purchasing, engineering and systems planning, advertising, legal, financial, sales or other related management functions provided however this “office” exemption shall not apply where separate lots and blocks are or have been established after December 31, 1983, at the site of an existing industrial establishment; and

3. Undeveloped or vacant land provided that:

- i. No industrial establishment has operated on such vacant land since December 31, 1983; and
- ii. The contiguous land is not an industrial establishment under the same control or ownership as the vacant land in question;

#### **7:26B-2.2 Applicability determinations**

(a) In order to obtain a determination from the Department concerning the applicability of this chapter to a specific place of business or transaction, a person shall:

1. Submit a completed application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26-1.6-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5. In summary, the information required in the application includes: the name of the business conducted on site, the NAICS number of the business, the location of the business, or description of the proposed transaction, a description of operations conducted on site, the name of the person owning the real property, and information regarding the presence of hazardous substances used in the operations on site;
2. Grant written permission for the Department to enter and inspect the site and operations for which the applicability determination is requested;
3. Submit the applicable fee in accordance with N.J.A.C. 7:26B-8.1 required for applicability determinations; and

4. Demonstrate to the Department that ISRA or this chapter is not applicable by providing, in writing, the relevant basis for the applicant's position. As part of such demonstration, all applicable requirements of (b), (c) and (d) below shall be satisfied.

(b) For applicability determinations requested for a transfer of ownership or operations involving an evaluation of whether the indirect owner's assets would have been available for remediation, the Department shall evaluate, without limitation, the applicant's responses to (b)1 through 6 below, to determine whether the indirect owner has exercised control over the industrial establishment or the direct owner or operator thereof. An affirmative finding that the indirect owner has exercised control over the industrial establishment or the direct owner or operator thereof, would result in a determination that the indirect owner's assets would have been available for remediation. If the applicant determines that any of the criteria outlined below is not applicable to this evaluation, then the applicant shall affirmatively state the basis for this determination. The applicant shall:

1. Identify each direct owner and each indirect owner of the industrial establishment;
2. Identify whether the indirect owner has exerted fiscal control over the direct owner or industrial establishment including, but not limited to, imposing any restriction upon the financing, borrowing, budgeting, dividends and cash management of the direct owner or industrial establishment;
3. List all persons that are officers and directors for both the direct owner and the indirect owner of the industrial establishment to establish whether the officers, directors and employees of the indirect owner constitute a majority of the directors of the direct owner or the industrial establishment or such smaller number of directors as is sufficient to effectively direct the management and policies of the direct owner or the industrial establishment;
4. Identify whether the officers, directors and employees of the indirect owner are involved in the day-to-day operations of the direct owner or the industrial establishment and whether the day-to-day operations of the direct owner or the industrial establishment are relevant to the generation, manufacture, handling, storage or disposal of hazardous substances or hazardous wastes;
5. Identify whether the indirect owner has the ability to control the activities, policies or decisions of the direct owner or the industrial establishment and whether these activities, policies or decisions are relevant to the generation, handling, storage or disposal of hazardous substances or hazardous wastes; and
6. The applicant shall provide any additional information which may be relevant to this determination.

(c) For applicability determinations requested for a transfer of ownership or operations involving an evaluation of whether the subject transaction is a corporate reorganization not substantially affecting the ownership of the industrial establishment, the Department shall evaluate, without limitation, the applicant's responses to (c)1 through 6 below, to determine whether the subject transaction does not entail significant changes in the financial ability of a person to comply with this chapter. A finding that the subject transaction does not entail significant changes in the financial ability of a person to comply with this chapter would

result in a determination that the subject transaction is a corporate reorganization not substantially affecting the ownership of the industrial establishment. If the applicant determines that any of the criteria outlined below is not applicable to this evaluation, then the applicant shall affirmatively state the basis for this determination. The applicant shall:

1. Identify each direct owner of the industrial establishment, indirect owner of the industrial establishment and the organizational structure of the person, prior to, and after the proposed transaction;
2. Identify whether the transaction involves the transfer of stock and/or assets, solely among persons under common ownership or control and/or shareholders or owners of such persons. A transaction between related corporations that prepare financial statements or tax returns on a consolidated basis will be presumed to be among corporations under common ownership or control;
3. Identify:
  - i. Whether the transaction will result in an aggregate diminution of more than 10 percent in the net worth of the industrial establishment or of the person directly owning or operating the industrial establishment. The applicant must include all transactions occurring within the five-year period preceding the date of the proposed transaction in the calculation of "aggregate diminution"; or
  - ii. Whether there is an equal or greater amount in assets that is available for the remediation of the industrial establishment before and after the transaction(s);
4. Identify whether the transferee has a registered agent in New Jersey who is authorized to accept service on behalf of the transferee. If so, the applicant shall provide the name and address of the registered agent;
5. Identify whether the assets of an indirect owner transferring any direct or indirect interest in the stock or assets of the industrial establishment would have been available for the remediation of the industrial establishment based upon the criteria set forth in (b) above; and
6. Provide any additional information which may be relevant to this determination.

(d) For applicability determinations requested for a transfer of ownership or operations

involving an evaluation of whether the subject transaction is a transfer of a controlling interest in the industrial establishment, the Department shall evaluate, without limitation, the applicant's responses to (d)1, 2 and 3 below, to determine whether the subject transaction results in a change in the person holding the controlling interest in the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment. A finding that the subject transaction does result in a change in the person holding the controlling interest in the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment would result in a determination that the transaction is a change in ownership as defined by N.J.A.C. 7:26B-1.4. If the applicant determines that any of the criteria outlined below is not applicable to this evaluation, then the applicant shall affirmatively state the basis for this determination. The applicant shall:

1. Identify whether the transferor is transferring more than 50 percent of the voting or ownership interest in the direct owner or operator or indirect owner of an

industrial establishment. There is a rebuttable presumption that any person who has more

than 50 percent of the voting or ownership interest holds a controlling interest in that direct owner or operator or indirect owner; or

2. Identify whether the transferor is transferring 50 percent or less of a voting or ownership interest in the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment and:

i. Identify whether the transferor possess(es), directly or indirectly, the power to direct or cause the direction of the management and policies of the entity; and

ii. Identify whether a voting trust, shareholder's agreement, proxy or similar agreement exists which would enable the transferor to elect a majority of the board of directors or a smaller number of directors sufficient to effectively direct or cause the direction of the management and policies of the entity; and

3. Provide any additional information which may be relevant to this determination.

(e) The applicant for an applicability determination that is required under this section to provide information concerning the net worth of any person shall include the following information listed in (e)1 and 2 below in its applicability determination application:

1. A statement of income and expenses or similar statement of each direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment, as applicable; and

2. An audited balance sheet or similar statement of assets and liabilities of each direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment, as applicable, as used by that person for the preceding fiscal year that ended closest in time to the date of the applicability determination application.

(f) The Department shall, within 45 calendar days after receipt of a complete application for an applicability determination, advise the applicant in writing, of its decision. Any person who requests an applicability determination pursuant to this chapter and does not receive a written response from the Department within the deadlines imposed by this subchapter shall not be entitled to assume that the transaction or operations were found not subject to ISRA.

### **7:26B-2.3 De minimis quantity exemption**

(a) An owner or operator who is granted a de minimis quantity exemption from the

Department shall be exempt from the provisions of this chapter, except as provided at N.J.A.C. 7:26B-8.1, based on de minimis quantities of hazardous substances or hazardous waste generated, manufactured, refined, transported, treated, stored, handled or disposed of at an industrial establishment.

(b) The owner or operator can obtain a de minimis quantity exemption if the following

criteria are satisfied:

1. The total quantity of hazardous substances or hazardous wastes generated, manufactured, refined, transported, treated, stored, handled or disposed of at the subject industrial establishment at any one time during the owner's or operator's period of ownership or operation, does not exceed 500 pounds or 55 gallons;

2. If the hazardous substances or hazardous wastes are mixed with nonhazardous substances, then the total quantity of hazardous substances or hazardous wastes in the mixture at any one time during the owner's or operator's period of ownership or operation, does not exceed 500 pounds or 55 gallons; and

3. The total quantity of hydraulic or lubricating oil, in the aggregate, does not exceed 220 gallons at any one time during the owner's or operator's period of ownership or operation.

(c) The total quantity of hazardous substances or hazardous wastes at an industrial establishment may be a combination of both (b)1 and 2 above; however, in the aggregate, the total quantity shall not exceed 500 pounds or 55 gallons.

(d) The total quantity of hazardous substances at an industrial establishment having the NAICS number of 424210, 446110, 446120, or 446191 as qualified by the limitations noted in Appendix C shall not include any mixture containing hazardous substances if the mixture is in final product form for wholesale or retail distribution.

(e) The owner or operator of the subject industrial establishment that satisfies the criteria established in (b) above shall submit:

1. A completed de minimis quantity exemption application (see N.J.A.C. 7:26B-2.2(a)1 for application contents summary), certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5; and

2. Submit the applicable fee in accordance with N.J.A.C. 7:26B-8.

(f) The Department shall review the application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7.

The owner or operator may close operations or transfer ownership or operation of an industrial establishment upon receipt of the Department's written approval of the de minimis quantity exemption application.

#### **7:26B-2.4 Revisions to North American Industry Classification System Codes for purposes of definition of "industrial establishment"**

In the event that the Executive Office of the President, Office of Management and Budget, publishes new or revised North American Industry Classification System (NAICS) codes modifying the 2002 list of NAICS codes on which the definition of "industrial establishment" at N.J.A.C. 7:26B-1.4 is based, the Department shall modify the NAICS codes in the definition and Appendix C, as necessary, to ensure that, as required by N.J.S.A. 13:1D-139, the generally equivalent universe of facilities subject to ISRA continues to be regulated under this chapter. Specifically, the Department shall provide limitations and/or exceptions to the NAICS codes set forth in Appendix C as required to maintain the currently regulated universe as of August 15, 2004. The Department shall publish in the New Jersey Register an administrative notice of the new or revised NAICS code(s) and the corresponding administrative change(s) to Appendix C.

**SUBCHAPTER 3. GENERAL INFORMATION NOTICE****7:26B-3.1 Prenotice filing conference**

The Department shall, upon request of any owner or operator of an industrial establishment with an impending closing of operations or transfer of ownership or operations of an industrial establishment, meet with the owner or operator to discuss compliance with the provisions of ISRA and this chapter.

**7:26B-3.2 Notification requirements**

(a) An owner or operator planning to close operations or transfer ownership or operations of an industrial establishment shall submit a completed General Information Notice to the

Department pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.3, within five calendar days after to the occurrence of any of the transactional events provided below:

1. The close of operations of an industrial establishment or the owner's or operator's public release of its decision to close operations, whichever occurs first;
2. The execution of an agreement by the owner or operator to transfer ownership or operations of the industrial establishment;
3. The signing of an agreement of sale, or the execution of a lease for a period of 99 years or longer, for the industrial establishment or the real property of the industrial establishment;
4. The effective time of corporate dissolution as specified at N.J.S.A. 14A:12-8, or upon the filing of a certificate of dissolution in the office of the Secretary of State, whichever occurs first;
5. The change in operations sufficient to change the primary NAICS number of an industrial establishment from a primary NAICS number that is subject to ISRA or this chapter to one that is not subject to ISRA or this chapter;
6. The exercise of an option to purchase an industrial establishment or the real property of an industrial establishment;
7. The acceptance of payment for the majority of stock in a corporation involving the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment pursuant to a tender offer;
8. The sale, transfer or execution of an agreement to sell or transfer, whichever occurs first, stock in a corporation or interest in a limited liability company, resulting in a merger or consolidation involving the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment;
9. The sale, transfer or execution of an agreement to sell or transfer, whichever occurs first, of more than 50 percent of the assets of an industrial establishment within any five-year period as measured on a constant, annual date-specific basis;
10. The sale, transfer or execution of an agreement to sell or transfer, whichever occurs first, stock in a corporation, of a partnership interest or interest in a limited liability company, resulting in a change in the person holding the controlling interest in the direct owner or operator or indirect owner of the industrial establishment;
11. The sale, transfer or execution of an agreement to sell or transfer, whichever occurs first, a partnership interest in a partnership that owns or operates an indus-

trial establishment that would reduce, by ten percent or more, the assets available for remediation of the industrial establishment;

**12.** The transfer or execution of a trust to transfer an industrial establishment to a trust, whichever occurs first, except where grantor and beneficiary are identical or are members of the same family. Family includes the spouse, children, parents, siblings, grandparents, siblings of a parent, children of a sibling, or spouse of child of the grantor;

**13.** Receipt by the owner or operator of notice that the industrial establishment has become non-operational for health or safety reasons or by judicial proceeding or final agency action;

**14.** The appointment by a court of a receiver or liquidating trustee or execution of a deed of assignment for the benefit of creditors, in connection with dissolution (unless the event at (a)4 above has already occurred), liquidation or insolvency proceedings under statutory or common law as to the direct owner or operator or indirect owner of an industrial establishment; and

**15.** The following events in any bankruptcy proceeding:

- i. The entry of an Order for Relief in bankruptcy pursuant to Chapter 7 of the United States Bankruptcy Code (11 U.S.C. §§ 701 et seq.);
- ii. The filing of a plan of liquidation pursuant to Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code (11 U.S.C. §§ 1101 et seq.); or
- iii. Events covered by (a)1 through 15 above.

(b) The owner or operator shall remediate the industrial establishment in accordance with ISRA and this chapter, when the written notice in (a) above is required to be submitted.

### **7:26B-3.3 General information notice**

(a) An owner or operator planning to close operations or transfer ownership or operations

of an industrial establishment shall submit a completed General Information Notice pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, acreage and geographic boundaries;
2. The tax block and lot numbers of the site;
3. The name, address, and telephone number of the current property owner;
4. The name, address and telephone number of the current business operator and/or business owner of the industrial establishment;
5. Identification and description of the transaction triggering ISRA;
6. Applicable NAICS number(s) for the industrial establishment;
7. The date of public release of the closure decision and a copy of the appropriate public announcement, if any;
8. The date of execution of the agreement of transfer, sale or option to purchase and the name and address of the other parties to the transfer or sale, as applicable;
9. The proposed date for closing or transferring operations;



**10.** A schedule for submission to the Department of the preliminary assessment report, site investigation report, remedial investigation workplan, remedial investigation report, remedial action workplan, remedial action report, as applicable, and any other information required by this chapter, as follows:

- i. A statement by the owner or operator of the industrial establishment that the owner or operator will comply with the remediation schedules provided at N.J.A.C. 7:26B-6.1, 6.2 and 6.3; or
- ii. The submission of an alternative schedule for completion of remediation activities at the industrial establishment or at any area of concern, including a schedule for the submission of workplans and reports to the Department;

**11.** The name, address and telephone number of the authorized agent and the principal whom the authorized agent represents. The owner or operator shall notify the Department in writing, at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, of any change of identity, address, or telephone number of the authorized agent. Where the Department is required by this chapter to notify or otherwise communicate with the person conducting the remediation of the site, written notice to or communication with the authorized agent by the Department shall be sufficient;

**12.** The applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1;

**13.** Written authorization pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.9(a); and

**14.** Any additional information required by the Department from a specific owner or operator.

(b) Any person submitting a General Information Notice pursuant to (a) above may submit additional information, including any documentation, workplans and reports required pursuant to this chapter or N.J.A.C. 7:26E, along with the General Information Notice.

(c) The Department shall review the General Information Notice and shall respond in writing to the authorized agent as follows:

**1.** The Department has determined that the General Information Notice, including any specific applications submitted for the purpose of complying with ISRA, is administratively complete and;

i. The Department shall issue either a no further action letter or authorization letter in accordance with this subchapter; or

ii. The owner or operator of the industrial establishment is required to complete additional remediation, as specified prior to the Department's issuance of a no further action letter or authorization letter; or

**2.** The Department has determined that the General Information Notice is administratively incomplete and the person is required to correct any deficiencies or complete additional remediation activities, as specified.

#### **7:26B-3.4 Revisions to the general information notice or withdrawal of required notice by an owner or operator**

(a) An owner or operator may withdraw the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-

3.2(a) if the owner or operator determines it is no longer necessary to obtain a no further action letter or authorization letter from the Department. Such withdraw-

al, stating the reason for the withdrawal, shall be made in writing and certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6.

(b) An owner or operator submitting a general information notice shall notify the Department, in writing, of any changes, amendments or other necessary modifications to the information contained in the general information notice, within 30 calendar days of the person's discovery that the information provided to the Department in the person's original General Information Notice is incorrect, inaccurate or incomplete.

#### **SUBCHAPTER 4. REMEDIATION AGREEMENT**

##### **7:26B-4.1 Remediation agreement**

(a) An owner or operator requesting that the Department enter into a remediation agreement to allow the transfer of ownership or operations of the industrial establishment to occur prior to the Department's approval of a negative declaration or remedial action workplan for the industrial establishment shall submit a remediation agreement application to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5 which includes the following:

1. A completed general information notice pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.3, if not previously submitted;
2. A detailed description of the transaction;
3. Identification of the person(s) responsible for compliance with the remediation agreement, ISRA and this chapter;
4. A detailed cost estimate for remediation of the industrial establishment in accordance with N.J.A.C. 7:26C-7;
5. Identification of the type of remediation funding source(s) to be submitted in an amount equal to the cost estimate in (a)4 above, pursuant to the remediation funding source requirements of N.J.A.C. 7:26C-7;
6. The certifications by the owner, operator, transferee and/or lessee, as applicable, in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6;
7. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1; and
8. Any additional information requested by the Department from a specific owner or operator.

(b) The Department shall send two original remediation agreements to the authorized agent within 14 calendar days after the Department's receipt of the information required pursuant

to (a) above. The owner or operator of the industrial establishment or other authorized signatory shall sign both originals and return one executed original remediation agreement to the Department in accordance with the time schedule provided in the remediation agreement.

(c) The language for the remediation agreement shall conform to the language in the

standard remediation agreement pursuant to Appendix A, incorporated herein by reference, to the greatest extent practicable, as determined by the Department.

**7:26B-4.2 Remediation agreement amendment**

(a) An owner or operator of an industrial establishment may request an amendment to the remediation agreement to allow a transfer of ownership or operations, subsequent to the transaction described in the remediation agreement, to occur prior to the Department's approval of a negative declaration or remedial action workplan for the industrial establishment.

(b) An owner or operator requesting an amendment to the remediation agreement pursuant to (a) above shall submit a remediation agreement application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-4.1, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5.

(c) The Department shall send two original remediation agreement amendments to the authorized agent within 14 calendar days after the Department's receipt of the information required pursuant to (b) above. The owner or operator of the industrial establishment or other authorized signatory shall sign both originals and return one executed original remediation agreement amendment to the Department in accordance with the time schedule provided in the remediation agreement amendment.

**SUBCHAPTER 5. EXPEDITED COMPLIANCE OPTIONS****7:26B-5.1 Expedited review**

(a) An owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for an expedited review in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of an expedited review application authorizes the owner or operator of an industrial establishment that was previously remediated to close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment without further remediation when there has been no discharge subsequent to the last remediation or a subsequent discharge occurred and the subsequent discharge has been remediated and approved by the Department.

(c) To apply for an expedited review, the owner or operator shall submit a completed expedited review application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;

2. A certification by the owner or operator that:

i. A remedial action workplan or equivalent plan, has previously been implemented and the Department has issued a no further action letter or equivalent approval for the industrial establishment;

ii. The Department has approved a negative declaration for the industrial establishment; or

iii. The Department or the United States Environmental Protection Agency has approved an equivalent remediation of the industrial establishment pursuant to ISRA, the Spill Compensation and Control Act, N.J.S.A. 58:10- 23.11a et seq.,

Resource Conservation and Recovery Act, 42 U.S.C. §§ 6901 et seq., the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. § 9601 et seq. or any other applicable State or Federal law;

3. A certification by the owner or operator that:

i. The owner or operator has completed a preliminary assessment report and site investigation report, as applicable, at the industrial establishment in accordance with N.J.A.C. 7:26E, to identify areas of concern that are new or have continued in use since the issuance of a no further action letter, negative declaration approval, or equivalent remediation approval; and

(1) Based on the preliminary assessment report and site investigation report referenced in (c)3i above, there has been no discharge of a hazardous substance or hazardous waste at the industrial establishment, subsequent to the issuance of the no further action letter or the equivalent approval; or

(2) Based on the preliminary assessment report and site investigation report referenced in (c)3i above, a discharge of a hazardous substance or hazardous waste at the industrial establishment has occurred subsequent to the issuance of the no further action letter, or the equivalent approval. The owner or operator shall identify the discharge(s), describe the action taken to remediate the discharge(s) and demonstrate that the remediation was approved by the Department;

4. A certification by the owner or operator of the industrial establishment, that for any underground storage tank system which is covered by the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq., and N.J.A.C. 7:14B, the owner or operator is in compliance with the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq., and N.J.A.C. 7:14B;

5. A copy of the most recent no further action letter, or other equivalent approval, as applicable, for the entire industrial establishment and/or a copy of the document evidencing the Department's approval as referenced in (a)3i(2) above;

6. A completed negative declaration in accordance with N.J.A.C. 7:26B-6.6;

7. Any additional information required by the Department from a specific owner or operator; and

8. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the expedited review application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7, and may perform a site inspection or require the owner or operator to submit the preliminary assessment report and/or site investigation report, if necessary. The owner or operator is not required to submit the preliminary assessment report and site investigation report unless the Department requests the submission of the reports in writing. The Department shall approve the expedited review application by the issuance of a no further action letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(a) or disapprove the expedited review application and require the owner or operator to remediate the industrial establishment in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C.

#### **7:26B-5.2 Area of concern review**

(a) The owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for an area of concern review in accordance with (c) below, for any area(s) of concern at the industrial estab-

lishment for which a remediation has previously been conducted and approved by the Department.

(b) The Department's approval of an area of concern review application relieves the owner or operator from remediating each area of concern at the industrial establishment that was previously remediated and where there has not been any subsequent discharges at that area of concern.

(c) To apply for an area of concern review, the owner or operator shall submit a completed area of concern review application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;
2. A site map which identifies the area(s) of concern which is/are the subject of this area of concern review;
3. A certification by the owner or operator that the Department or the United States Environmental Protection Agency has approved an equivalent remediation at an area of concern pursuant to ISRA, the Underground Storage of Hazardous Substances Act, N.J.S.A. 58:10A-21 et seq., the Spill Compensation and Control Act, N.J.S.A. 58:10-23.11a et seq., the Resource Conservation and Recovery Act, 42 U.S.C. §§ 6901 et seq., the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. § 9601 et seq., or any other applicable State or Federal law;
4. A copy of the no further action letter or equivalent approval for that area of concern;
5. A certification by the owner or operator that:
  - i. The owner or operator has completed a preliminary assessment report and site investigation report in accordance with N.J.A.C. 7:26E, as applicable, at each area of concern identified at (c)1 above; and
  - (1) Based on the preliminary assessment report and site investigation report referenced in (c)5i above, there has been no discharge of a hazardous substance or hazardous waste at each subject area of concern subsequent to the issuance of the no further action letter or equivalent approval; or
  - (2) Based on the preliminary assessment report and site investigation report referenced in (c)5i above, a discharge of a hazardous substance or hazardous waste occurred at each subject area of concern subsequent to the issuance of the no further action letter or equivalent approval; and
6. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the area of concern review application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7, and may perform a site inspection or require the owner or operator to submit the preliminary assessment report and/or site investigation report, if necessary. The Department shall either approve the application by the issuance of a no further action letter for each area of concern identified at (c)1 above pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8, or disapprove the application and require the owner or operator to remediate all areas of concern identified in (c)1 above, in accordance with ISRA and this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

**7:26B-5.3 Regulated underground storage tank waiver**

(a) The owner or operator may, upon submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a regulated underground storage tank waiver in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of a regulated underground storage tank waiver application authorizes the owner or operator to close operations or transfer ownership or operations of an industrial establishment prior to obtaining approval of a remedial action workplan or a negative declaration or without the approval of a remediation agreement if the only areas of concern or the only discharges at the industrial establishment are from an underground storage tank or tanks regulated pursuant to N.J.S.A. 58:10A-21 et seq. and N.J.A.C. 7:14B.

(c) To apply for a regulated underground storage tank waiver, the owner or operator shall submit a completed regulated underground storage tank waiver application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department, at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;
2. A preliminary assessment report that demonstrates that the only area of concern at the industrial establishment is an underground storage tank or tanks as defined pursuant to N.J.S.A. 58:10A-22 and N.J.A.C. 7:14B or a preliminary assessment and site investigation report which demonstrates that the only discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment or that has migrated offsite, above the applicable remediation standards, are from a discharge from that underground storage tank or tanks;
3. A certification by the owner or operator of the industrial establishment that the owner or operator is in compliance, pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5.3(d), with the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq. and N.J.A.C. 7:14B for all underground storage tanks at the industrial establishment that are covered by that act; and
4. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The owner or operator shall be deemed in compliance with the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq. and N.J.A.C. 7:14B as it relates to the subject discharge of a hazardous substance or hazardous waste from an underground storage tank, if the owner or operator has been issued an order by, or has entered into an agreement with the Department to remediate that discharge and the owner or operator is in compliance with that order or agreement.

(e) The Department shall review the regulated underground storage tank waiver application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7, and shall either approve the application by the issuance of an authorization letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(c) or disapprove the application and require the owner or operator of the industrial establishment to remediate the industrial establishment in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

**7:26B-5.4 Remediation in progress waiver**

(a) The owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a remediation in progress waiver in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of a remediation in progress waiver application authorizes the owner or operator to close operations or transfer ownership or operations of the industrial establishment prior to obtaining approval from the Department of a remedial action workplan, a negative declaration and without the approval of a remediation agreement.

(c) To apply for a remediation in progress waiver, the owner or operator shall submit a completed remediation in progress waiver application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;
2. Evidence that establishes that the industrial establishment is already in the process of a remediation pursuant to ISRA, the Spill Compensation and Control Act, N.J.S.A. 58:10-23.11 et seq., or other applicable state laws and regulations, or the industrial establishment is currently in the process of an equivalent remediation pursuant to the Resource Conservation and Recovery Act, 42 U.S.C. §§ 6901 et seq., the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. § 9601 et seq. or any other applicable Federal law;
3. A certification by the owner or operator which includes the following:
  - i. The owner or operator has completed a preliminary assessment report and site investigation report, as applicable, to identify areas of concern in accordance with N.J.A.C. 7:26E and based on the preliminary assessment report and site investigation report:
    - (1) There has been no discharge of any hazardous substance or hazardous waste during the owner's or operator's period of ownership or operation;
    - (2) A discharge of a hazardous substance or hazardous waste occurred during the owner's or operator's period of ownership or operation and the Department approved the remediation;
4. A certification by the owner or operator that any transferee of the industrial establishment has been notified that the industrial establishment is the subject of a remediation;
5. A certification by the owner or operator that:
  - i. A remediation funding source for the cost of the remediation at the industrial establishment has been established as required pursuant to N.J.A.C. 7:26C-7; or
  - ii. A financial assurance was established prior to June 16, 1993 and the amount of the financial assurance is consistent with the current cost estimate developed in accordance with N.J.A.C. 7:26E, for the remediation or the implementation of the remedial action workplan at the industrial establishment; and
6. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7 and may perform a site inspection or require the owner or operator to submit the preliminary assessment report and/or site investigation report, if necessary. The owner or operator is not required to submit the preliminary assessment report and site investigation report unless the Department requests the submission of the reports in writing. The Department shall either approve the remediation in progress waiver application by the issuance of an authorization letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(c) or disapprove the application and require the owner or operator to remediate the industrial establishment in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

#### **7:26B-5.5 Limited site review**

(a) The owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a limited site review in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of a limited site review application authorizes the owner or operator to remediate only those area(s) of concern at an industrial establishment where a discharge, subsequent to a prior remediation, has occurred.

(c) To apply for a limited site review, the owner or operator shall submit a completed limited site review application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;

2. A certification by the owner or operator that:

- i. A remedial action has been previously implemented and the Department has issued a no further action letter;

- ii. The Department has approved a negative declaration; or

- iii. The Department or the United States Environmental Protection Agency has previously approved an equivalent remediation of the industrial establishment pursuant to the Resource Conservation and Recovery Act, 42 U.S.C. §§ 6901 et seq., the Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, 42 U.S.C. § 9601 et seq. or any other applicable law;

3. A certification by the owner or operator of the industrial establishment that the owner or operator has completed a preliminary assessment report and site investigation report, as applicable, at the industrial establishment in accordance with N.J.A.C. 7:26E, and that no other discharge of a hazardous substance or hazardous waste, that was not identified in (c)3i or ii below, has occurred at the industrial establishment; and

- i. Based on the preliminary assessment report and site investigation report, a discharge has occurred at the industrial establishment subsequent to the issuance of the no further action letter or equivalent approval, and was not remediated in accordance with the procedures established by the Department; or

- ii. Based on the preliminary assessment report and site investigation report, a discharge has occurred at the industrial establishment subsequent to the issuance of



the no further action letter or equivalent approval and that any remediation performed by the owner or operator has not been approved by the Department; and

4. A certification by the owner or operator of the industrial establishment, that for any underground storage tank which is covered by the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq., and N.J.A.C. 7:14B, the owner or operator is in compliance with the provisions of N.J.S.A. 58:10A-21 et seq., and N.J.A.C. 7:14B;

5. A copy of the most recent negative declaration, no further action letter, or other approval, as applicable, issued by the Department or federal agency for the industrial establishment;

6. A completed negative declaration in accordance with N.J.A.C. 7:26B-6.6, if applicable; and

7. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the limited site review application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7, and may perform a site inspection or require the owner or operator to submit the preliminary assessment report and/or site investigation report, if necessary. The owner or operator is not required to submit the preliminary assessment report and site investigation report unless the Department requests the submission of the reports in writing.

(e) The Department shall either approve or disapprove a limited site review application by the following actions:

1. Approve the limit site review application by the issuance of a no further action letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(a);

2. Approve the limited site review application and require the owner or operator of the industrial establishment to remediate each area of concern identified in (c)3 above, in accordance with ISRA and this chapter; or

3. Disapprove the limited site review application and require the owner or operator of the industrial establishment to remediate the industrial establishment in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

#### **7:26B-5.6 Minimal environmental concern review**

(a) The owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a determination that a discharge at an industrial establishment is a minimal environmental concern in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of a minimal environmental concern application authorizes the owner or operator to close operations or transfer ownership or operations at an industrial establishment prior to obtaining approval of a remedial action workplan or without the approval of a remediation agreement by the Department. This section shall not be construed to allow an owner or operator to implement a remedial action involving the remediation of groundwater or surface water prior to the Department's approval of a remedial action workplan for the site.

(c) To apply for a minimal environmental concern determination, the owner or operator shall submit a completed minimal environmental concern application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;
  2. A preliminary assessment report, site investigation report and remedial investigation report for the industrial establishment;
  3. A certification by the owner or operator that based on the remediation completed, there are no more than two areas of concern at the industrial establishment that are contaminated at levels above the applicable remediation standards and the remedial action at those areas of concern can be completed pursuant to N.J.A.C. 7:26E and the applicable remediation standards within six months after the owner's or operator's receipt of the approval of the application by the Department;
  4. Documentation establishing that the discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment do not pose an immediate threat to human health because of the proximity of an area of concern to a drinking water source or because of the location, complexity, or the nature of the discharge;
  5. A certification by the owner or operator that a remedial action workplan shall be prepared pursuant to standards and criteria established by the Department at N.J.A.C. 7:26E and the remediation shall meet either the restricted use or unrestricted use soil remediation standards and the applicable surface water and groundwater remediation standards;
  6. A certification, by the owner or operator that the remedial action workplan will be prepared, implemented and completed pursuant to standards and criteria established by the Department at N.J.A.C. 7:26E within six months after the owner's or operator's receipt of the approval of the application by the Department;
  7. Evidence that a remediation funding source has been established in accordance with N.J.A.C. 7:26C-7; and
  8. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.
- (d) The Department shall review the minimal environmental concern application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7 and may perform a site inspection of the industrial establishment, if necessary.
- (e) Within 30 calendar days after the receipt of a complete application the Department shall either approve the minimal environmental concern application by the issuance of an authorization letter or disapprove the application and require the owner or operator to remediate the industrial establishment pursuant to ISRA and this chapter.
- (f) Within six months after receipt of the Department's approval of the minimal environmental concern application, the owner or operator shall implement the remedial action at the industrial establishment and submit the remedial action report to the Department.
- (g) The owner or operator shall notify the Department, in writing, at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5 prior to the expiration of the schedule established in (f) above, that the owner or operator can not implement the remedial action at the industrial establishment and submit the remedial action report to the Department. The owner or operator shall have no more than 120 calendar days in addition to the schedule established in (f) above, to implement the requirements of the remedial action and submit the remedial action report required by (f) above.

(h) The Department shall review the remedial action report above in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7 and may perform a site inspection of the industrial establishment or at any area offsite.

(i) The Department shall either approve or disapprove the remediation of the industrial establishment and notify the owner or operator of its determination within 45 calendar days after receipt of the remedial action report. The Department shall approve the remediation by the issuance of a no further action letter in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.8(a), or may disapprove the remediation and require the owner or operator remediate the industrial establishment in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

(j) The Department may rescind its determination that the industrial establishment is a minimal environmental concern and rescind any letters issued pursuant to (e) above upon the failure of an owner or operator of the industrial establishment to implement the requirements of a remedial action workplan within the additional time provided (g) above, and require that a new remedial action workplan be submitted and implemented by the owner or operator in accordance with ISRA, this chapter and N.J.A.C. 7:26E.

#### **7:26B-5.7 Limited conveyance**

(a) The owner of an industrial establishment may, upon submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a certificate of limited conveyance in accordance with (c) below.

(b) The Department's approval of a certificate of limited conveyance authorizes the owner of an industrial establishment to transfer a portion of an industrial establishment upon the Department's issuance of a no further action letter or approval of a remedial action workplan or remediation agreement for the subject portion of the industrial establishment without the owner or operator conducting a remediation of the entire industrial establishment. The certificate of limited conveyance shall be valid for three years from the date of issuance.

(c) To apply for a certificate of limited conveyance, the owner or operator shall submit a completed limited conveyance application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6; to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following:

1. The name and location of the site, including street address, city or town, municipality, county, zip code, tax block and lot numbers of the site and the ISRA case number;
2. A site map of the industrial establishment that identifies the real property on which the industrial establishment is situated, and the portion of the real property subject to the proposed transfer and any areas conveyed pursuant to a prior certificate of limited conveyance;
3. A description of the real property to be transferred;
4. An appraisal of the entire industrial establishment, an appraisal of the real property to be transferred and an appraisal of the remaining real property if the certificate of limited conveyance were issued. The appraisals required by this section shall not be made more than one year prior to the submission of the application for a certificate of limited conveyance and shall be conducted by a designated

Member, Appraisal Institute (American Institute of Real Estate Appraisers), Senior Real Estate Analyst (Society of Real Estate Appraisers), or Senior Member (American Society of Appraisers);

5. The sale price or fair market value of the real property to be transferred;

6. Any additional information the Department requests from a specific owner or operator;

7. Copies of all prior certificate(s) of limited conveyance if any, issued for the subject industrial establishment;

8. A copy of the sales agreement specifying the agreed upon price for the real property presently proposed for conveyance or, in the case of an acquisition by a condemning authority where no agreement has been reached, an affidavit from the owner specifying the compensation, including any damages, sought by the owner and the current appraised value; and

9. Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the information submitted pursuant to (c) above in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7 and shall issue a certificate of limited conveyance for the real property on which an industrial establishment is situated after the Department deems the following criteria to be satisfied:

1. The sale price or fair market value of the real property to be conveyed, together with any additional diminution in value of the remaining property as a result of this transfer, is not more than one-third of the total appraised value of the real property of the industrial establishment prior to the transfer;

2. The remaining real property is an industrial establishment subject to the provisions of this chapter; and

3. Transfers or conveyances made pursuant to this section shall not exceed one-third of the value of the industrial establishment during the period of ownership of the applicant.

(e) Upon the Department's issuance of the certificate of limited conveyance, the owner or operator shall remediate the portion of the real property certified for transfer or conveyance prior to the transfer or conveyance. The remediation of the real property subject to the certificate of limited conveyance shall include any discharges from the remaining portion of the industrial establishment that have migrated or are migrating to the real property certified for conveyance.

(f) Upon the Department's disapproval of the limited conveyance application, the owner or operator shall remediate the industrial establishment in accordance with ISRA and this chapter.

(g) The owner or operator shall remediate the remaining portion of the industrial establishment, or otherwise comply with this chapter, upon the subsequent closing of operations or transferring of ownership or operations of the industrial establishment.

(h) An owner may, concurrent with or subsequent to a transfer or conveyance executed pursuant to this section, transfer additional portions of the industrial establishment in excess of the permissible conveyance limitation provided at (d)3 above, if the proposed transfer does not constitute a closing of operations or transfer of ownership or operations of an industrial establishment as defined at N.J.A.C. 7:26B-1.4.

- (i) An owner who transfers additional portions pursuant to (h) above shall use the funds paid for those additional portions exclusively for remediating the additional portion(s) transferred pursuant to (h) above. The owner shall deposit any portion of the amount paid that remains unexpended in a remediation trust fund that shall be established pursuant to N.J.A.C. 7:26C-7 and N.S.J.A. 13:1K- 11.8(g).
- (j) Nothing in this section shall be construed to allow an owner to transfer any of the real property of an industrial establishment without complying with ISRA and this chapter for those portions subject to the transfer.

#### **7:26B-5.8 Remedial action workplan deferral**

- (a) The owner or operator may, upon the submittal of the notice required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a), apply to the Department for a remedial action workplan deferral in accordance with (c) below.
- (b) The Department's approval of a remedial action workplan deferral application authorizes the owner or operator to transfer ownership or operations of the industrial establishment without the preparation, approval and implementation of a remedial action workplan for the industrial establishment.
- (c) To apply for a remedial action workplan deferral, the owner or operator shall submit a completed remedial action workplan deferral application, certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, which includes the following information:
1. A certification signed by the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer that the industrial establishment would be subject to substantially the same use by the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer as established by the following criteria:
    - i. Substantially the same use means that the industrial establishment shall retain the same three digit industry group number, as designated in the NAICS Manual; or
    - ii. An owner or operator may submit a written request to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, for a determination that the industrial establishment be deemed subject to substantially the same use based upon its retention of the same three digit subsector number, as designated in the NAICS Manual. The owner or operator shall include the following information: the industrial establishment's current six digit NAICS number, a description of the current operations of the industrial establishment, the proposed six digit NAICS number for the industrial establishment after the proposed transfer and a description of the proposed operations at the industrial establishment after the proposed transfer;
  2. The completed preliminary assessment report, site investigation report, and remedial investigation report for the industrial establishment;
  3. A cost estimate for the remedial action necessary at the industrial establishment based upon the information collected in the preliminary assessment report, site investigation report, and remedial investigation report and developed in accordance with N.J.A.C. 7:26E;
  4. A certification signed by the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer that the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer has reviewed preliminary assessment report, site investigation report, and remedi-

al investigation report and the cost estimate for the remedial action necessary at the industrial establishment and that the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer has the financial ability to pay for the implementation of the necessary remedial action; and

**5.** Payment of all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.1.

(d) The Department shall review the remedial action workplan deferral application in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.7. The Department shall either approve the remedial action workplan deferral by the issuance of an authorization letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(c) or disapprove the application and require the owner or operator to submit a remedial action workplan for the industrial establishment.

(e) Upon approval of the deferral application by the Department, the preparation, approval, and implementation of a remedial action workplan for the industrial establishment may be deferred for that transfer provided in the notice required by (a) above, until the use changes or until the purchaser, transferee, mortgagee or other party to the transfer closes operations.

(f) The Department's approval of the remedial action workplan deferral application shall not be construed as an approval by the Department of any workplans and or reports submitted in accordance with (c)3 above.

## **SUBCHAPTER 6. REMEDIATION PROCEDURES**

### **7:26B-6.1 Preliminary assessment, site investigation and remedial investigation**

(a) Unless otherwise established pursuant to N.J.A.C. 7:26B-6.5, the owner or operator shall complete the remediation required by ISRA and this chapter and submit the reports certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, within the time schedules listed in (b) through (e) below, N.J.A.C. 7:26B-6.2 and 6.3.

(b) The owner or operator shall complete the preliminary assessment report in accordance with N.J.A.C. 7:26E-3.2 and submit a negative declaration, if applicable, within 35 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a).

(c) The owner or operator shall complete a site investigation report, if applicable, in accordance with N.J.A.C. 7:26E-3.13 and submit a negative declaration, if applicable, within 120 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a).

(d) The owner or operator shall complete a remedial investigation workplan, if applicable, in accordance with N.J.A.C. 7:26E-4.2 within 180 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a).

(e) The owner or operator shall complete the remedial investigation report in accordance with N.J.A.C. 7:26E-4.8 and submit a negative declaration, if applicable, within 300 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a) or within 120 calendar days after the receipt of the Department's written approval of the remedial investigation workplan, whichever occurs last.

**7:26B-6.2 Soil remedial action and remedial action workplan**

(a) The owner or operator required to conduct a soil remedial action at the industrial establishment or at any area of concern shall not implement a remedial action prior to the Department's approval of a remedial action workplan for the site unless the soil remedial action satisfies the criteria established in (b) below.

(b) The owner or operator may implement a soil remedial action at an industrial establishment without prior Department approval of a remedial action workplan if the following criteria are satisfied:

1. The soil remedial action is reasonably expected to be completed, in compliance with N.J.A.C. 7:26E, within the time schedules established by the Department. Such remedial action shall not exceed the five years from the commencement of the implementation of the remedial action; and

2. The owner or operator is implementing a soil remedial action which achieves the established minimum unrestricted or restricted use soil remediation standards without the use of engineering controls, as applicable.

(c) The owner or operator planning to implement a soil remedial action in accordance with (b) above shall notify the Department, in writing, at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, within 420 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a) that includes the following information:

1. A certification that based on the remediation completed, there are no areas of concern at the industrial establishment or at any location where hazardous substances or hazardous wastes have migrated or are migrating from the industrial establishment involving the remediation of groundwater or surface water; and

2. A detailed schedule of implementation for the remedial action which includes a summary of the remediation performed to date, the status of the remediation of each area of concern, the proposed remedial actions to be conducted at each area of concern and the time schedules for the completion of proposed activities. This information may include both narrative and/or graphic descriptions and shall only be used for the purposes of establishing a time schedule pursuant to this subsection.

(d) The notification required by (c) above shall be certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6.

(e) The notification required by (c) above shall satisfy the requirement of N.J.A.C. 7:26E-1.4 to notify the Department. The owner or operator shall notify any other person as required pursuant to N.J.A.C. 7:26E-1.4.

(f) The Department may require an owner or operator planning to implement a soil remedial action in accordance with (b) above to submit progress reports on a quarterly, semi-annual or annual basis. The owner or operator is not required to submit the progress reports unless the Department requests the submission of the reports in writing.

(g) The owner or operator required to conduct a soil remedial action that does not satisfy the criteria established in (b) above shall submit a remedial action workplan to the Department for review and approval within 420 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a) or within 120 calendar days after receipt of the Department's written approval of

the remedial investigation report submitted pursuant to N.J.A.C. 7:26B-6.1(d), whichever occurs last.

**7:26B-6.3 Groundwater or surface water remedial action workplan**

The owner or operator shall submit the remedial action workplan for any remedial action involving the remediation of groundwater or surface water for review and approval by the Department within 420 calendar days after the date the submission of written notice is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-3.2(a) or within 120 calendar days after receipt of the Department's written approval of the remedial investigation report submitted pursuant to N.J.A.C. 7:26B-6.1(d), whichever occurs last.

**7:26B-6.4 Remediation funding source requirement**

The owner or operator shall submit a remediation funding source in accordance with N.J.A.C. 7:26C-7 upon the Department's approval of a remedial action workplan for the industrial establishment.

**7:26B-6.5 Compliance with remediation schedules**

(a) The owner or operator required to remediate an industrial establishment or any area of concern shall comply with:

1. The schedules established at N.J.A.C. 7:26B-6.1, 6.2 and 6.3;
2. The alternative schedule of implementation submitted with the General Information Notice as provided at N.J.A.C. 7:26B-3.3(a)10; or
3. The schedule established in a remediation agreement in accordance with N.J.A.C. 7:26B-4.

(b) The owner or operator required to remediate an industrial establishment or any area of concern shall provide written notice to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5, at least 15 calendar days prior to the date of expected noncompliance upon the owner's or operator's finding that the remediation of the industrial establishment will not conform to the schedules established at (a) above. The notification shall include the following information:

1. A summary of remediation completed to date and the status of each area of concern;
2. The proposed remediation pursuant to N.J.A.C. 7:26E, to be conducted at each area of concern and the revised schedule of for the completion of proposed remediation; and
3. Any additional information which is relevant to the Department's evaluation of the proposed remediation schedule.

**7:26B-6.6 Completion of remediation**

Upon completion of the remediation, the owner or operator shall submit to the Department the workplans for and reports of the preliminary assessment, site investigation, remedial investigation and remedial action, as applicable, and any additional information



required by the Department that has not been previously submitted to the Department for review and approval.

**7:26B-6.7 Submission and review of a negative declaration**

(a) Unless otherwise provided by this chapter, the owner or operator, subsequent to closing operations, or the public release of its decision to close operations, or prior to transferring ownership or operations of the industrial establishment, shall submit a negative declaration, executed and certified in accordance with N.J.A.C. 7:26B-1.6, to the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5. The Department shall approve a negative declaration by the issuing a no further action letter.

(b) The owner or operator shall submit a negative declaration pursuant to (c) below upon the occurrence of any of the following events:

1. The submission of a preliminary assessment report, site investigation report, remedial investigation report or remedial action report, as applicable, which demonstrates the following:

i. There are no discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment; or

ii. Any discharged hazardous substances or hazardous wastes at the industrial establishment above the applicable remediation standards have been remediated in accordance with N.J.A.C. 7:26E, and any applicable remediation standards and the remediation has been approved by the Department; and any discharged hazardous substances or hazardous wastes that have migrated or are migrating from the industrial establishment above the applicable remediation standards have been remediated in compliance with N.J.A.C. 7:26E, and any applicable remediation standards and the remediation has been approved by the Department;

2. The receipt by the owner or operator of notification from the Department that based on the Department's review of the information submitted, the owner or operator shall submit a negative declaration; or

3. The owner or operator is required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-5 to submit a negative declaration.

(c) The owner or operator required to submit a negative declaration pursuant to this chapter shall submit the negative declaration on forms available from the Department at the address provided at N.J.A.C. 7:26B-1.5.

The owner or operator shall include the following information in the negative declaration:

1. Identification of the subject industrial establishment including:

i. The name and location of the industrial establishment, including street address, city or town, municipality, county, zip code and telephone number;

ii. The tax block and lot numbers of the industrial establishment;

iii. The applicable NAICS number of the subject industrial establishment;

iv. The current real property owner, including name, address, and telephone number; and

v. The current business operator and/or business owner, if different from (c)1i above, of the industrial establishment including name, address and telephone number;

2. The preliminary assessment report, site investigation report, remedial investigation workplan, remedial investigation report, remedial action workplan, as applicable, and any other information required by the Department if not previously submitted, to review the proposed negative declaration; and

3. A certification by the owner or operator that there has been no discharge of hazardous substances or hazardous wastes on the industrial establishment, or that any such discharge on the industrial establishment or discharge that has migrated or is migrating from the industrial establishment has been remediated in accordance with procedures approved by the Department and in accordance with any applicable remediation standards

(d) The owner or operator shall certify the negative declaration in accordance with the provisions at N.J.A.C. 7:26B-1.6.

(e) The owner or operator shall pay all applicable fees required pursuant to N.J.A.C. 7:26B-8.

(f) The Department shall review a negative declaration within 45 calendar days after the completion of the Department's review of all the information submitted pursuant to this chapter and shall:

1. Approve the remediation for that industrial establishment by the issuance of a no further action letter pursuant to N.J.A.C. 7:26B-1.8(a); or

2. Inform the owner or operator that additional remediation at the industrial establishment or at an offsite location is required.

(...)

## **B. CONNECTICUT TRANSFER ACT (TA)**

**(Connecticut General Statutes Annotated, Title 22a, Chapter 445 (Hazardous Waste), Environmental Protection, Volume 11D, West Publishing CO./Thomson/West, 1995/2006)**

### **Sec. 22a-134. Transfer of hazardous waste establishments: Definitions**

For the purposes of this section and sections 22a-134a to 22a-134d, inclusive:

(1) "Transfer of establishment" means any transaction or proceeding through which an establishment undergoes a change in ownership, but does not mean (A) conveyance or extinguishment of an easement, (B) conveyance of an establishment through a foreclosure, as defined in subsection (b) of section 22a-452f or foreclosure of a municipal tax lien, (C) conveyance of a deed in lieu of foreclosure to a lender, as defined in and that qualifies for the secured lender exemption pursuant to subsection (b) of section 22a-452f, (D) conveyance of a security interest, as defined in subdivision (7) of subsection (b) of section 22a-452f, (E) termination of a lease and conveyance, assignment or execution of a lease for a period less than ninety-nine years including conveyance, assignment or execution of a lease with options or similar terms that will extend the period of the leasehold to ninety-nine years, or from the commencement of the leasehold, ninety-nine years, including conveyance, assignment or execution of a lease with options or similar terms that will extend the period of the leasehold to ninety-nine years, or from the

commencement of the leasehold, (F) any change in ownership approved by the Probate Court, (G) devolution of title to a surviving joint tenant, or to a trustee, executor or administrator under the terms of a testamentary trust or will, or by intestate succession, (H) corporate reorganization not substantially affecting the ownership of the establishment, (I) the issuance of stock or other securities of an entity which owns or operates an establishment, (J) the transfer of stock, securities or other ownership interests representing less than forty per cent of the ownership of the entity that owns or operates the establishment, (K) any conveyance of an interest in an establishment where the transferor is the sibling, spouse, child, parent, grandparent, child of a sibling or sibling of a parent of the transferee, (L) conveyance of an interest in an establishment to a trustee of an inter vivos trust created by the transferor solely for the benefit of one or more sibling, spouse, child, parent, grandchild, child of a sibling or sibling of a parent of the transferor, (M) any conveyance of a portion of a parcel upon which portion no establishment is or has been located and upon which there has not occurred a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste, provided either the area of such portion is not greater than fifty per cent of the area of such parcel or written notice of such proposed conveyance and an environmental condition assessment form for such parcel is provided to the commissioner sixty days prior to such conveyance, (N) conveyance of a service station, as defined in subdivision (5) of this section, (O) any conveyance of an establishment which, prior to July 1, 1997, had been developed solely for residential use and such use has not changed, (P) any conveyance of an establishment to any entity created or operating under chapter 130 or 132, or to an urban rehabilitation agency, as defined in section 8-292, or to a municipality under section 32-224, or to the Connecticut Development Authority or any subsidiary of the authority, (Q) any conveyance of a parcel in connection with the acquisition of properties to effectuate the development of the overall project, as defined in section 32-651, (R) the conversion of a general or limited partnership to a limited liability company under section 34-199, (S) the transfer of general partnership property held in the names of all of its general partners to a general partnership which includes as general partners immediately after the transfer all of the same persons as were general partners immediately prior to the transfer, (T) the transfer of general partnership property held in the names of all of its general partners to a limited liability company which includes as members immediately after the transfer all of the same persons as were general partners immediately prior to the transfer, or (U) acquisition of an establishment by any governmental or quasi-governmental condemning authority;

**(2)** “Commissioner” means the Commissioner of Environmental Protection or the designated agent of the commissioner;

**(3)** “Establishment” means any real property at which or any business operation from which (A) on or after November 19, 1980, there was generated, except as the result of remediation of polluted soil, groundwater or sediment, more than one hundred kilograms of hazardous waste in any one month, (B) hazardous waste generated at a different location was recycled, reclaimed, reused, stored, handled, treated, transported or disposed of, (C) the process of dry cleaning was conducted

on or after May 1, 1967, (D) furniture stripping was conducted on or after May 1, 1967, or (E) a vehicle body repair facility was located on or after May 1, 1967;

(4) “Hazardous waste” means any waste which is (A) hazardous waste identified in accordance with Section 3001 of the federal Resource Conservation and Recovery Act of 1976, 42 USC 6901 et seq., (B) hazardous waste identified by regulations adopted by the Commissioner of Environmental Protection, or (C) polychlorinated biphenyls in concentrations greater than fifty parts per million except that sewage, sewage sludge and lead paint abatement wastes shall not be considered to be hazardous waste for the purposes of this section and sections 22a-134a to 22a-134d, inclusive;

(5) “Service station” means a retail operation involving the resale of motor vehicle fuel including, but not limited to, gasoline, diesel fuel and kerosene and which operation does not otherwise meet the definition of an establishment;

(6) “Certifying party” means, in the case of a Form III or Form IV, a person associated with the transfer of an establishment who signs a Form III or Form IV and who agrees to investigate the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate pollution caused by any release at the establishment in accordance with the remediation standards and, in the case of a Form I or Form II, a transferor of an establishment who signs the certification on a Form I or II;

(7) “Party associated with the transfer of an establishment” means (A) the present or past owner or operator of the establishment, (B) the owner of the real property on which the establishment is located, (C) the transferor, transferee, lender, guarantor or indemnitor, (D) the business entity which operates or operated the establishment, or (E) the state;

(8) “Remediation standards” means regulations adopted by the commissioner pursuant to section 22a-133k;

(9) “Parcel” means piece, parcel or tract of land which constitutes an establishment, as defined in subdivision (3) of this section, or on which is or was located any business operation which constitutes an establishment;

(10) “Form I” means a written certification by the transferor of an establishment on a form prescribed and provided by the commissioner that: (A) No discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment which certification is based on an investigation of the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines, or (B) no discharge spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste has occurred at the establishment based upon an investigation of the parcel in accordance with the prevailing standards and guidelines and the commissioner has determined, in writing, or a licensed environmental professional has verified that any discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of a hazardous substance has been remediated in accordance with the remediation standards;

(11) “Form II” means a written certification by the transferor of an establishment on a form prescribed and provided by the commissioner that the parcel has been investigated in accordance with prevailing standards and guidelines and that (A) any pollution caused by a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance which has occurred from the establishment has been remediated in accordance with the remediation standards

and that the remediation has been approved in writing by the commissioner or has been verified pursuant to section 22a-133x or section 22a-134a in writing attached to such form by a licensed environmental professional to have been performed in accordance with the remediation standards, (B) the commissioner has determined in writing or a licensed environmental professional has verified pursuant to section 22a-133x or section 22a-134a in writing attached to the form that no remediation is necessary to achieve compliance with the remediation standards, or (C) a Form IV verification was previously submitted to the commissioner and, since the date of the submission of the Form IV, no discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment, which certification is based on an investigation of the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines;

**(12)** “Form III” means a written certification signed by a certifying party on a form prescribed and provided by the commissioner, which certification states that (A) a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance has occurred at the establishment or the environmental conditions at the establishment are unknown, and (B) that the person signing the certification agrees to investigate the parcel in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate pollution caused by any release of a hazardous waste or hazardous substance from the establishment in accordance with the remediation standards;

**(13)** “Form IV” means a written certification signed by one or more certifying parties on a form prescribed and provided by the commissioner and which is accompanied by a written determination by the commissioner or by a verification by a licensed environmental professional pursuant to section 22a-134a or 22a-133x, which certification states and is accompanied by documentation demonstrating that the parcel has been investigated in accordance with prevailing standards and guidelines and that (A) there has been a discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance on the establishment, and (B) all actions to remediate any pollution caused by any release at the establishment have been taken in accordance with the remediation standards except postremediation monitoring, natural attenuation monitoring or the recording of an environmental land use restriction, and (C) the person or persons signing the certification agree, in accordance with the representations made in the form, to conduct postremediation monitoring or natural attenuation monitoring in accordance with the remediation standards and if further investigation and remediation are necessary to take further action to investigate the establishment in accordance with prevailing standards and guidelines and to remediate the establishment in accordance with the remediation standards;

**(14)** “Person” means person, as defined in section 22a-2;

**(15)** “Remediate” means to contain, remove or abate pollution, potential sources of pollution and substances in soil or sediment which pose an unacceptable risk to human health or the environment and includes, but is not limited to, the reduction of pollution by natural attenuation;

**(16)** “Licensed environmental professional” means an environmental professional licensed pursuant to section 22a-133v;

- (17) “Environmental condition assessment form” means a form prescribed and provided by the commissioner, prepared under the supervision of a licensed environmental professional, and executed by (A) the certifying party under sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, or (B) the owner of the property under section 22a-133x which form describes the environmental conditions at the parcel;
- (18) “Pollution” means pollution, as defined in section 22a-423;
- (19) “Verification” means the rendering of a written opinion by a licensed environmental professional that an investigation of the parcel has been performed in accordance with prevailing standards and guidelines and that the establishment has been remediated in accordance with the remediation standards;
- (20) “Vehicle” means any motorized device for conveying persons or objects except for an aircraft, boat, railroad car or engine, or farm tractor;
- (21) “Business operation” means any business that has, or any series of substantially similar businesses that have, operated continuously or with only brief interruption on the same parcel, either with a single owner or successive owners;
- (22) “Corporate reorganization not substantially affecting the ownership of an establishment” means implementation of a business plan to restructure a corporation through a merger, spin-off or other plan or reorganization under which the direct owner of the establishment does not change;
- (23) “Form IV verification” means the rendering of a written opinion by a licensed environmental professional, after a Form IV has been filed, that postremediation monitoring, natural attenuation or the recording of an environmental land use restriction has been completed in accordance with the Form IV;
- (24) “Hazardous substance” means hazardous substance, as defined in Section 101 of the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act of 1980, 42 USC 9601, or a petroleum product or by-product for which there are remediation standards adopted pursuant to section 22a-133k or for which such remediation standards have a process for calculating the numeric criteria of such substance;
- (25) “Sediment” means unconsolidated material occurring in a stream, pond, wetland estuary or other water body.

**Sec. 22a-134a. Transfer of hazardous waste establishments: Filing procedures. Certification of cleanup**

- (a) No person shall transfer an establishment except in accordance with the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive. Notwithstanding any provision of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, a person appointed by the Superior Court or any other court to sell, convey or partition real property or a person appointed as a trustee in bankruptcy shall not be deemed a party associated with the transfer of an establishment and shall not be required to comply with the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive.
- (b) The commissioner may adopt regulations, in accordance with the provisions of chapter 54, to implement the provisions of this section.
- (c) Prior to transferring an establishment, the transferor shall submit to the transferee a complete Form I or a Form II and, no later than ten days after the transfer, shall submit a copy of such Form I or Form II to the commissioner. The commis-

sioner shall notify the transferor no later than ninety days after the submission of such Form I or Form II if the commissioner deems the Form I or Form II incomplete. If the transferor is unable to submit a Form I or a Form II to the transferee, the transferor shall, prior to the transfer, submit a complete Form III or Form IV prepared and signed by a party associated with the transfer to the transferee and, no later than ten days after the transfer, shall submit a copy of such Form III or Form IV to the commissioner. If no other party associated with the transfer of an establishment prepares and signs the proper form as a certifying party, the transferor shall have the obligation for such preparation and signing.

(d) The certifying party to a Form I, Form II, Form III or Form IV shall (1) upon receipt of a written request from the commissioner, provide to the commissioner copies of all technical plans, reports and other supporting documentation relating to the investigation of the parcel or remediation of the establishment as specified in the commissioner's written request, and (2) simultaneously submit with the submission of a Form I, Form III or Form IV to the commissioner a complete environmental condition assessment form and shall certify to the commissioner, in writing, that the information contained in such form is correct and accurate to the best of the certifying party's knowledge and belief.

(e) No later than thirty days after receipt of a Form III or Form IV, the commissioner shall notify the certifying party whether the form is complete or incomplete. Within forty-five days of receipt of a complete Form III or IV, the commissioner shall notify the certifying party in writing whether review and approval of the remediation by the commissioner will be required, or whether a licensed environmental professional may verify that the investigation has been performed in accordance with prevailing standards and guidelines and that the remediation has been performed in accordance with the remediation standards. Any person who submitted a Form III to the commissioner prior to October 1, 1995, may submit an environmental condition assessment form to the commissioner. The commissioner shall, within forty-five days of receipt of such form, notify the certifying party whether approval of the remediation by the commissioner will be required or whether a licensed environmental professional may verify that the remediation has been performed in accordance with the remediation standards.

(f) In determining whether review and approval of the remediation by the commissioner will be required, or whether a licensed environmental professional may verify that the remediation has been performed in accordance with the remediation standards, the commissioner shall consider: (1) The potential risk to human health and the environment posed by any discharge, spillage, uncontrolled loss, seepage or filtration of hazardous waste or a hazardous substance at the establishment; (2) the degree of environmental investigation at the parcel; (3) the proximity of the establishment to significant natural resources; (4) the character of the land uses surrounding the establishment; (5) the complexity of the environmental condition of the establishment; and (6) any other factor the commissioner deems relevant.

(g) If the commissioner notifies the certifying party to a Form III or Form IV that a licensed environmental professional may verify the remediation, such certifying party shall, on or before thirty days of the receipt of such notice or such later date

as may be approved in writing by the commissioner, submit a schedule for investigating and remediating the establishment. Such schedule shall, unless a later date is specified in writing by the commissioner, provide that the investigation shall be completed within two years of the date of receipt of such notice and that remediation shall be initiated within three years of the date of receipt of such notice. The schedule shall also include a schedule for providing public notice of the remediation prior to the initiation of such remediation in accordance with subsection (i) of this section. The commissioner shall notify such certifying party if the commissioner determines that the commissioner's review and written approval is necessary. Such certifying party shall investigate the parcel and remediate the establishment in accordance with the proposed schedule. Such certifying party shall submit to the commissioner an independent verification by a licensed environmental professional that the establishment has been remediated in accordance with the remediation standards, and as applicable, a Form IV verification.

(h) If the commissioner notifies the certifying party to a Form III or Form IV that the commissioner's review and written approval of the investigation of the parcel and remediation of the establishment is required, such certifying party shall, on or before thirty days of the receipt of such notice or such later date as may be approved in writing by the commissioner, submit for the commissioner's review and written approval a proposed schedule for: (1) Investigating the parcel and remediating the establishment; (2) submitting to the commissioner scopes of work, technical plans, technical reports and progress reports related to such investigation and remediation; and (3) providing public notice of the remediation prior to the initiation of such remediation in accordance with subsection (i) of this section. Upon the commissioner's approval of such schedule, such certifying party shall, in accordance with the approved schedule, submit scopes of work, technical plans, technical reports and progress reports to the commissioner for the commissioner's review and written approval. Such certifying party shall perform all actions identified in the approved scopes of work, technical plans, technical reports and progress reports in accordance with the approved schedule. The commissioner may approve in writing any modification proposed in writing by such certifying party to such schedule or investigation and remediation. The commissioner may, at any time, notify such certifying party in writing that the commissioner's review and written approval is not required and that a licensed environmental professional may verify that the remediation has been performed in accordance with the remediation standards.

(i) The certifying party to a Form III or Form IV shall (1) publish notice of the remediation, in accordance with the schedule submitted pursuant to this section, in a newspaper having a substantial circulation in the area affected by the establishment, (2) notify the director of health of the municipality where the establishment is located of the remediation, and (3) either (A) erect and maintain for at least thirty days in a legible condition a sign not less than six feet by four feet on the establishment, which sign shall be clearly visible from the public highway, and shall include the words "ENVIRONMENTAL CLEAN-UP IN PROGRESS AT THIS SITE. FOR FURTHER INFORMATION CONTACT:" and include a telephone number for an office from which any interested person may obtain addi-



tional information about the remediation, or (B) mail notice of the remediation to each owner of record of property which abuts the parcel, at the address for such property on the last-completed grand list of the municipality where the establishment is located.

(j) The commissioner may issue an order to any person who fails to comply with any provision of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, including, but not limited to, any person who fails to file a form, or files an incomplete or incorrect form or to any person who fails to carry out any activities to which that person agreed in a Form III or Form IV. If no form is filed or if an incomplete or incorrect form is filed for a transfer of an establishment, the commissioner may issue an order to the transferor, the transferee, or both, requiring a filing. The commissioner may also request that the Attorney General bring an action in the superior court for the judicial district of Hartford to enjoin any person who fails to comply with any provision of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, including, but not limited to, any person who fails to file a form, improperly files a Form I, Form II, Form III or Form IV or the certifying party to a Form III or Form IV to take any actions necessary to prevent or abate any pollution at, or emanating from, the subject establishment. Any person to whom such an order is issued may appeal such order in accordance with the procedures set forth in sections 22a-436 and 22a-437.

(k) Notwithstanding the exemptions provided in subsection (a) of section 22a-134, nothing contained in sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, shall be construed as creating an innocent landowner defense for purposes of section 22a-452d.

(l) Notwithstanding any other provisions of this section, no person shall be required to comply with the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, when transferring real property (1) (A) for which a Form I or Form II has been filed for the transfer of the parcel on or after October 1, 1995, or (B) for which parcel a Form III or Form IV has been filed and which has been remediated and such remediation has been approved in writing by the commissioner or has been verified in writing in accordance with this section by a licensed environmental professional that an investigation has been performed in accordance with prevailing standards and guidelines and that the remediation has been performed in accordance with the remediation standards, and (2) at which no activities described in subdivision (3) of section 22a-134 have been conducted since the date of such approval or verification or the date on which the Form I or Form II was filed.

(m) Failure of the commissioner to notify any party in accordance with the provisions of this section in no way limits the ability of the commissioner to enforce the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive.

#### **Sec. 22a-134b. Damages**

Failure of the transferor to comply with any of the provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, entitles the transferee to recover damages from the transferor, and renders the transferor of the establishment strictly liable, without regard to fault, for all remediation costs and for all direct and indirect damages.

**Sec. 22a-134c. Authority of commissioner**

The provisions of sections 22a-134 to 22a-134e, inclusive, shall not affect the authority of the commissioner under any other statute or regulation, including, but not limited to, the authority to issue any order to the transferor or transferee of an establishment.

**Sec. 22a-134d. Penalty**

Any person who violates any provision of sections 22a-134a to 22a-134e, inclusive, or regulations issued in accordance with the provisions of said sections shall be assessed a civil penalty or shall be fined in accordance with section 22a-438.

**Sec. 22a-134e. Transfer fees. Regulations**

(a) As used in this section, "cost of remediation" shall include total costs related to the complete investigation of pollution on-site and off-site, evaluation of remediation alternatives, design and implementation of approved remediation, operation and maintenance costs for the remediation and postremediation monitoring.

(b) The fee for filing a Form I, as defined in section 22a-134, shall be three hundred dollars. The fee for filing a Form II shall be one thousand fifty dollars except as provided for in subsections (e) and (p) of this section.

(c) The fee for filing a Form III, after July 1, 1990, and before July 1, 1993, shall be as follows: (1) Four thousand five hundred dollars if the cost of remediation is less than one hundred thousand dollars; (2) seven thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than one hundred thousand dollars but less than five hundred thousand dollars; (3) ten thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than five hundred thousand dollars but less than one million dollars; and (4) thirteen thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than one million dollars.

(d) The fee for filing a Form III with the Commissioner of Environmental Protection prior to July 1, 1990, and which concern a site for which the commissioner had not given written approval of a final remediation plan before July 1, 1990, shall be as follows: For a Form III filed between October 1, 1985, and September 30, 1986, the fee shall be twenty per cent of the amount specified in subsection (c) of this section; for a Form III filed between October 1, 1986, and September 30, 1987, the fee shall be forty per cent of the amount specified in subsection (c) of this section; for a Form III filed between October 1, 1987, and September 30, 1988, the fee shall be sixty per cent of the amount specified in subsection (c) of this section; for a Form III filed between October 1, 1988, and September 30, 1989, the fee shall be eighty per cent of the amount specified in subsection (c) of this section and for a Form III filed between October 1, 1989, and July 1, 1990, the fee shall be ninety per cent of the amount specified in said subsection (c).

(e) If a Form II is filed after July 1, 1990, and before October 1, 1995, and within three years following completion of remedial measures as approved by the Commissioner of Environmental Protection, the fee for such transfer shall be the fee specified in subsection (c) of this section.

(f) The fees specified in subsections (b) and (e) of this section shall be due upon the filing of the notification required under section 22a-134a.

(g) The fee specified in subsection (c) of this section shall be due in accordance with the following schedule: (1) Four thousand five hundred dollars shall be paid upon filing of the Form III; (2) the balance, if any, shall be paid within thirty days of receipt from the commissioner of written approval of a remedial action plan or within thirty days of the issuance of an order, consent agreement or stipulated judgment, whichever is earlier; (3) any remaining balance shall be paid within thirty days after receipt of written notice from the commissioner that it is due; (4) any refund, if applicable, will be paid after receipt of a letter from the commissioner stating that no further action is required or after receipt of a letter of compliance.

(h) The fee specified in subsection (d) of this section shall be due in accordance with the following schedule: (1) Nine hundred dollars shall be paid within thirty days of receipt of a written notice of a fee due from the Commissioner of Environmental Protection; (2) the balance, if any, shall be paid within thirty days of receipt from the commissioner of written approval of a remedial action plan or within thirty days of the issuance of an order, consent agreement or stipulated judgment, whichever is earlier; (3) any remaining balance shall be paid within thirty days after receipt of written notice from the commissioner that it is due; (4) any refund, if applicable, will be paid after receipt of a letter from the commissioner stating that no further action is required or after receipt of a letter of compliance.

(i) The commissioner may adopt regulations, in accordance with the provisions of chapter 54, to prescribe the amount of the fees required pursuant to this section. Upon the adoption of such regulations, the fees required by this section shall be as prescribed in such regulations.

(j) The fees specified in this section shall be paid by the certifying party.

(k) The fee for filing a Form III, on and after July 1, 1993, and before October 1, 1995, shall be as follows: (1) Twenty-three thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than one million dollars; (2) twenty thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than five hundred thousand dollars but less than one million dollars; (3) fourteen thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than one hundred thousand dollars but less than five hundred thousand dollars; (4) four thousand five hundred dollars if the cost of remediation is equal to or greater than fifty thousand dollars but less than one hundred thousand dollars; (5) three thousand dollars if the cost of remediation is equal to or greater than twenty-five thousand dollars but less than fifty thousand dollars; and (6) two thousand dollars if the cost of remediation is less than twenty-five thousand dollars.

(l) The fee specified in subsection (k) of this section shall be due in accordance with the following schedule: (1) Two thousand dollars shall be paid upon the filing of the notification required under section 22a-134a if the cost of remediation is less than one hundred thousand dollars; (2) six thousand dollars shall be paid upon filing of the notification required under section 22a-134a if the cost of remediation is equal to or greater than one hundred thousand dollars; (3) the balance,

if any, shall be paid within thirty days of receipt from the commissioner of written approval of a remedial action plan or within thirty days of the issuance of an order, consent agreement or stipulated judgment, whichever is earlier; (4) any remaining balance shall be paid within thirty days after receipt of written notice from the commissioner that it is due; (5) any refund, if applicable, will be paid after receipt of a letter from the commissioner stating that no further action is required or after receipt of a letter of compliance. After the deposit of any appropriated funds, funds from the sale of bonds of the state or any contribution pursuant to section 12-63f, 22a-16a, 22a-133t or 22a-133u or section 3 of public act 96-250 to the Special Contaminated Property Remediation and Insurance Fund established under section 22a-133t, any amount received by the commissioner pursuant to this section shall be deposited into said fund.

(m) On and after October 1, 1995, the fee for filing a Form III or Form IV shall be due in accordance with the following schedule: An initial fee of three thousand dollars shall be submitted to the commissioner with the filing of a Form III or Form IV. If a licensed environmental professional verifies the remediation of the establishment and the commissioner has not notified the certifying party that the commissioner's written approval of the remediation is required, no additional fee shall be due. If the commissioner notifies the certifying party that the commissioner's written approval of the remediation is required, the balance of the total fee shall be due prior to the commissioner's issuance of the commissioner's final approval of the remediation.

(n) On and after October 1, 1995, the total fee for filing a Form III shall be as follows: (1) Thirty-four thousand five hundred dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than one million dollars; (2) thirty thousand dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than five hundred thousand dollars but less than one million dollars; (3) twenty-one thousand dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than one hundred thousand dollars but less than five hundred thousand dollars; (4) six thousand seven hundred fifty dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than fifty thousand dollars but less than one hundred thousand dollars; (5) four thousand five hundred dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than twenty-five thousand dollars but less than fifty thousand dollars; and (6) three thousand dollars if the total cost of remediation is less than twenty-five thousand dollars.

(o) On and after October 1, 1995, except as provided in subsection (p) of this section, the total fee for filing a Form IV shall be as follows: (1) Seventeen thousand two hundred fifty dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than one million dollars; (2) fifteen thousand dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than five hundred thousand dollars but less than one million dollars; (3) ten thousand five hundred dollars if the total cost of remediation is greater than or equal to one hundred thousand dollars but less than five hundred thousand dollars; (4) three thousand three hundred seventy-five dollars if the total cost of remediation is equal to or greater than fifty thousand dollars but less than one hundred thousand dollars; and (5) three thousand dollars if the total cost of remediation is less than fifty thousand dollars.

(p) Notwithstanding any other provision of this section, the fee for filing a Form II or Form IV for an establishment for which the commissioner has issued a written approval of a remediation under subsection (c) of section 22a-133x within three years of the date of the filing of the form shall be the total fee for a Form III specified in subsection (n) of this section and shall be due upon the filing of the Form II or Form IV.

(q) The requirements of this section shall not apply to a transfer of property to a municipality under the provisions of section 12-157.

**Regeling met betrekking tot de Licensed Environmental Professionals (LEPs) in de staat Connecticut**

**Sec. 22a-133v. Licensed environmental professionals. Qualifications. Licensing board. Standard of care. Procedures for licensure. Fee. Examination**

(a) As used in this section: (1) “Environmental professional” means a person who is qualified by reason of his knowledge, as specified in subsection (e) of this section, to engage in activities associated with the investigation and remediation of pollution and sources of pollution including the rendering or offering to render to clients professional services in connection with the investigation and remediation of pollution and sources of pollution; (2) “pollution” means pollution, as defined in section 22a-423; and (3) “commissioner” means the Commissioner of Environmental Protection or his designated agent.

(b) There shall be within the Department of Environmental Protection a State Board of Examiners of Environmental Professionals. The board shall consist of eleven members. One member, who shall be the chairman of the board, shall be the Commissioner of Environmental Protection, or his designee. The Governor shall appoint the other ten members of the board who shall consist of the following: Six members shall be licensed environmental professionals or, prior to the publication by the board of the first roster of licensed environmental professionals, persons on the list maintained by the commissioner pursuant to subsection (h) of this section, including at least two having hydrogeology expertise and two who are licensed professional engineers; two members who are active members of an organization that promotes the protection of the environment; one member who is an active member of an organization that promotes business; and one member who is an employee of a lending institution. The members of the board shall administer the provisions of this section as to licensure and issuance, reissuance, suspension or revocation of licenses concerning environmental professionals. The Governor may remove any member of the board for misconduct, incompetence or neglect of duty. The members of the board shall receive no compensation for their services but shall be reimbursed for necessary expenses incurred in the performance of their duties. The board shall keep a true and complete record of all its proceedings.

(c) A licensed environmental professional shall perform his duties in accordance with the standard of care applicable to professionals engaged in such duties. The commissioner, with advice and assistance from the board, may adopt regulations, in accordance with the provisions of chapter 54, concerning professional ethics and conduct appropriate to establish and maintain a high standard of integrity and dignity in the practice of an environmental professional and may make rules for the conduct of the board's affairs and for the examination of applicants for licenses.

(d) The commissioner shall receive and account for all moneys derived under the provisions of this section and shall deposit such moneys in the Environmental Quality Fund established pursuant to section 22a-27g. The board shall keep a register of all applications for licenses with the actions of the board thereon. A roster showing the names of all licensees shall be prepared each year. A copy of such roster shall be placed on file with the Secretary of the State.

(e) The board shall authorize the commissioner to issue a license under subsection (d) of section 22a-133m, sections 22a-184 to 22a-184e, inclusive, this section and section 22a-133w to any person who demonstrates to the satisfaction of the board that such person: (1) (A) Has for a minimum of eight years engaged in the investigation and remediation of releases of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater, including a minimum of four years in responsible charge of investigation and remediation of the release of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater, and holds a bachelor's or advanced degree from an accredited college or university in a related science or related engineering field or is a professional engineer licensed in accordance with chapter 391, or (B) has for a minimum of fourteen years engaged in the investigation and remediation of releases of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater, including a minimum of seven years in responsible charge of investigation and remediation of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater; (2) has successfully passed a written examination, or a written and oral examination, prescribed by the board and approved by the commissioner, which shall test the applicant's knowledge of the physical and environmental sciences applicable to an investigation of a polluted site and remediation conducted in accordance with regulations adopted by the commissioner under section 22a-133k and any other applicable guidelines or regulations as may be adopted by the commissioner; and (3) has paid an examination fee of one hundred eighty-eight dollars to the commissioner.

(f) The board shall authorize the commissioner to issue a license to any applicant who, in the opinion of the board, has satisfactorily met the requirements of this section. The issuance of a license by the commissioner shall be evidence that the person named therein is entitled to all the rights and privileges of a licensed environmental professional while such license remains unrevoked or unexpired. A licensed environmental professional shall pay to the commissioner an annual fee of three hundred thirty-eight dollars, due and payable on July first of every year beginning with July first of the calendar year immediately following the year of license issuance. The commissioner, with the advice and assistance of the board,

may adopt regulations in accordance with the provisions of chapter 54, pertaining to the design and use of seals by licensees under this section.

(g) The board may conduct investigations concerning the conduct of any licensed environmental professional. The commissioner may conduct audits of any actions authorized by law to be performed by a licensed environmental professional. The board shall authorize the commissioner to revoke or suspend the license of any environmental professional or to deny an application for such licensure if the board, after providing such professional with notice and an opportunity to be heard concerning such revocation, suspension or denial, finds that such professional has submitted false or misleading information to the board or has engaged in professional misconduct including, without limitation, knowingly or recklessly making a false verification of a remediation under section 22a-134a, or violating any provision of this section or regulations adopted hereunder.

(h) The board shall hold the first examination pursuant to this section no later than eighteen months after the date the commissioner adopts regulations pursuant to section 22a-133k, and shall publish the first roster of licensed environmental professionals no later than six months after the date of such examination. Until such time as the board publishes the first roster of licensed environmental professionals, any person who (1) has for a minimum of eight years engaged in the investigation and remediation of releases of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater, including a minimum of four years in responsible charge of investigation and remediation of the release of hazardous waste or petroleum products into soil or groundwater, (2) holds a bachelor's or advanced degree from an accredited college or university in a related science or related engineering field or is a professional engineer licensed in accordance with chapter 391, and (3) pays a registration fee of two hundred twenty-five dollars may apply to the commissioner to be placed on a list of environmental professionals. Any person on such list may perform any duties authorized by law to be performed by a licensed environmental professional until such time as the first roster of licensed environmental professionals is published by the board.

(i) Nothing in this section shall be construed to authorize a licensed environmental professional to engage in any profession or occupation requiring a license under any other provisions of the general statutes without such license.

**C. IOWA  
ENVIRONMENTAL QUALITY ACT**

**(Iowa Code Annotated, Volume 24A, Thomson West, 2004/2006)**

**445B.430. Use and transfer of sites – penalty – financial disclosure**

- 1.** A person shall not substantially change the manner in which a hazardous waste or hazardous substance disposal site on the registry pursuant to section 455B.426 is used without the approval of the director.
- 2.** A person shall not sell, convey, or transfer title to a hazardous waste or hazardous substance disposal site which is on the registry pursuant to section 455B.426 without the written approval of the director. The director shall respond to a request for a change of ownership within thirty days of its receipt.
- 3.** Decisions of the director concerning the use or transfer of a hazardous waste or hazardous substance disposal site may be appealed in the manner provided in section 455B.429.
- 4.** If the director has reason to believe this section has been violated, or is in imminent danger of being violated, the director may institute a civil action in district court for injunctive relief to prevent the violation and for the assessment of a civil penalty not to exceed one thousand dollars per day for each day of violation. Moneys collected under this subsection shall be deposited in the remedial fund.
- 5.** Immediately upon the listing of real property in the registry of hazardous waste or hazardous substance disposal sites, a person liable for cleanup costs shall submit to the director a report consisting of documentation of the responsible person's liabilities and assets, including if filed, a copy of the annual report submitted to the secretary of state pursuant to chapter 490. A subsequent report pursuant to this section shall be submitted annually on April 15 for the period the site remains on the registry.



**1.2 Transfer triggering environmental acts met daarin alleen een mededelingsplicht voor de verkoper/rechtsvoorganger ten opzichte van de koper/rechtsopvolger:**

**D. CALIFORNIA  
HAZARDOUS SUBSTANCE ACCOUNT ACT (HSCA)**

**(Annotated California Codes, Health and Safety Code, Thomson/West, 2006)**

**ARTICLE 3, Hazardous Substance Account  
(...)**

**Section 25359.7. Written notice of release of hazardous substances by owners to buyers, lessees or renters of real property; written notice by lessees or renters; damages; default; civil penalties**

(a) Any owner of nonresidential real property who knows, or has reasonable cause to believe, that any release of hazardous substance has come to be located on or beneath that real property shall, prior to the sale, lease or rental of the real property by that owner, give written notice of that condition to the buyer, lessee or renter of the real property. Failure of the owner to provide written notice when required by this subdivision to the buyer, lessee, or renter shall subject the owner to actual damages and any other remedies provided by law. In addition, where the owner has actual knowledge of the presence of any release of a material amount of a hazardous substance and knowingly and willfully fails to provide written notice to the buyer, lessee, or renter, as required by this subdivision, the owner is liable for a civil penalty not to exceed five thousand dollars (\$ 5,000) for each separate violation.

(b) Any lessee or renter of real property who knows or has reasonable cause to believe that any release of a hazardous substance has come or will come to be located on or beneath that real property shall, with a reasonable period of time, either prior to the release or following the discovery by the lessee or renter of the presence or believed presence of the hazardous substance release, give written notice of that condition to the owner of the real property or to the lessor under the lessee's or renter's lease or rental agreement.

(1) A lessee or renter who fails to provide written notice when required by this subdivision to the owner or lessor is subject to actual damages and any other remedy provided by law.

(2) If the lessee or renter has knowledge of the presence of a release of a material amount of a hazardous substance, or of a hazardous substance release that is required to be reported to a state or local agency pursuant to law, on or under the real property leased or rented by the lessee or renter and knowingly and willfully fails to provide written notice when required by this subdivision to the owner or lessor, both the following shall apply:

(A) The failure is deemed to constitute a default, upon the owner's or lessor's written notice to the lessee or renter, under the lessee's or renter's lease or rental agreement, except that this subparagraph does not apply to lessees and renters of property used exclusively for residential purposes.

(B) The lessee or renter is liable for a civil penalty not to exceed five thousand dollars (\$5,000) for each separate violation.

(3) A lessee or renter may cure a default under the lessee's or renter's lease or rental agreement which resulted from a violation of this subdivision, by promptly commencing and completing the removal of, or taking other appropriate remedial action with respect to, the hazardous substance release. The removal or remediation action shall be conducted in accordance with all applicable laws and regulations and in a manner which is reasonable acceptable to, and which is approved in writing by, the owner or lessor. This paragraph does not relieve the lessee or renter of any liability for actual damages or for any civil penalty for a violation of this subdivision.

**(Deering's Health and Safety Code Ann., LexisNexis, 2005)**

#### **ARTICLE 4 Disclosures**

##### **Section 26140. Disclosure by seller or transferor of commercial or industrial property of precense of mold; Application of disclosure requirement**

(a) Subject to subdivisions (b), (c), and (d), a seller or transferor of commercial or industrial real property shall provide written disclosure to prospective buyers as soon as practicable before the transfer of title when the seller or transferor knows of the presence of mold, both visible and invisible or hidden, that affects the unit or building and the mold either exceeds permissible exposure limits to molds established by subdivisions (a), (b), and (c) of Section 26103 or poses a health threat, according to the department's guidelines as developed pursuant to Section 26105.

(b) A seller or transferor of commercial or industrial real property shall be exempt from providing written disclosure pursuant this subdivision if the precense of mold was remediated according to the mold remediation guidelines developed by the department pursuant to Section 26130.

(c) A commercial or industrial real property seller shall not be required to conduct air or surface tests of units or buildings to determine whether the presence of molds exceeds the permissible exposure limits to molds established by subdivisions (a) and (b) of Section 26103.

(...)

##### **Section 26149. Affect of article on other statutory duties, rights, remedies or defenses**

(a) Nothing in this article shall relieve a seller, transferor, lessor, agent, landlord, or tenant from any responsibility for compliance with other obligations, laws, ordinances, codes, or regulations, including but not limited to the duties outlined

in Sections 1941 and 1941.1 of the Civil Code and any other duties provided for under common law.

(b) Nothing in this article shall alter or modify any right, remedy, or defense otherwise available under law.

**Section 26150. Affect of article on existing disclosure obligations of parties or transferors to real estate contract or their agents; Inspection and disclosure duties of real estate broker or salesperson**

(a) Nothing in this article shall effect the existing obligations of the parties or transferor to a real estate contract, or either agents, to disclose any facts materially affecting the value and desirability of the property, including, but not limited to, the physical conditions of the property and previously received reports of physical inspections noted on the disclosure form set forth in Section 1102.6 or 1102.6a of the Civil Code.

(b) Nothing in this article shall be construed to change the existing inspection and disclosure duties of a real estate broker or salesperson including, but not limited to, those duties imposed by Section 2079 of the Civil Code.

**Section 26151. No limit or abridgement of statutory obligations for disclosure**

The specifications of items for disclosure in this article does not limit or abridge any obligation for disclosure created by any other provision of law, or which may exist in order to avoid fraud, misrepresentation, or deceit in the transfer transaction.

**Section 26152. Enforcement of items subject to disclosure requirements**

All items subject to disclosure requirements pursuant to this article shall be subject to enforcement pursuant to Article 5 (commencing with Section 26154).

**Section 26153. Liability for error, inaccuracy, or omission of information**

Neither the transferor nor any listing or selling agent shall be held liable for any error, inaccuracy, or omission of any information delivered pursuant to this article if the error, inaccuracy, or omission was not within the personal knowledge of the transferor, or the listing or selling agent, or was based on information timely provided by public agencies, or by other persons providing relevant information by delivery of a report or opinion prepared by an expert dealing with matters within the relevant scope of the professional's license or expertise, and ordinary care was exercised in obtaining and transmitting it.

**ARTICLE 5 Enforcement**

**Section 26154. Enforcement of standards**

Public health officers, code enforcement officers, environmental health officers, city attorneys, and any other appropriate government entities may respond to complaints about mold and may enforce standards adopted by the department, pursuant to subdivisions (a), (b), and (c) of Section 26103 and subdivisions (a), (b),

and (c) of Section 26105, and enforce the disclosure requirements of Sections 26147 and 26148 that are developed by the department in consultation with the task force. The disclosure enforcement guidelines established by the department pursuant to this section shall include development of a form for disclosure and the penalties, if any, that may be imposed for failure to disclose. No penalty shall be assessed against an owner for failure to disclose under Section 26147 where the owner provides disclosure to the tenants in a form that substantially conforms to the disclosure form developed by the department (...).

**E. INDIANA  
RESPONSIBLE PROPERTY TRANSFER ACT (RPTA)**

**(West's Annotated Indiana Code, West Group, 1998/2006)**  
(...)

**13-25-3-2 Disclosure document; delivery; waiver**

*Sec. 2. (a)* Except as provided in subsections (b) and (c), a transferor of property shall deliver a disclosure document to each of the other parties to a transfer of property at least thirty (30) days before the transfer. The disclosure document must be in the form prescribed by the department under section 7.5 of this chapter and must include the information elicited by that form. However, the signature of the transferee is not required on the disclosure document delivered to a party involved in the transfer of property as a lender.

*(b)* If all of the other parties to a transfer of property waive the thirty (30) day deadline set forth in subsection (a) in written waivers that indicate that the parties are aware of the purpose and intent of the disclosure document, the transferor is not required to deliver the disclosure document to the other parties thirty (30) days before the transfer of the property. However, the transferor shall deliver a disclosure document that meets the requirements set forth in subsection (a) to each of the other parties to the transfer of property on or before the date on which the transfer of property is to become final.

*(c)* If a party involved in a transfer of property as a lender is not identified to the transferor at least thirty (30) days before the transfer, the thirty (30) day deadline set forth in subsection (a) does not apply to the delivery of a disclosure document by the transferor to that lender. However, if a lender is identified to a transferor less than thirty (30) days before the transfer, the transferor shall deliver a disclosure document to the lender immediately after the lender is identified to the transferor.

**13-25-3-3 Disclosure document; environmental defects revealed; obligation**

*Sec. 3.* If the disclosure document delivered by the transferor to another party to the transfer of property under section 2 of this chapter reveals one (1) or more environmental defects in the property that were previously unknown to the other party, the other party is relieved of an obligation to:

**(1)** accept the transfer of the property; or

(2) finance the transfer of the property.

#### **13-25-3-4 Failure to deliver disclosure document**

*Sec. 4. (a)* If a transferor:

fails to deliver a disclosure document meeting the requirements set forth in section 2 of this chapter to one (1) or more other parties to the transfer of property before the deadline set forth in section 2(a) of this chapter; and  
does not obtain a waiver under section 2(b) of this chapter;

a party that did not receive a disclosure document may demand a disclosure document from the transferor.

(b) A party who demands a disclosure document under this section may void an obligation to accept the transfer of the property or to finance the transfer of the property if:

(1) the party does not receive a disclosure document not later than ten (10) days after demanding a disclosure document; or

(2) the party receives a disclosure document not later than ten (10) days after demanding the disclosure document but the disclosure document reveals one (1) or more environmental defects in the property that were previously unknown to the party.

#### **13-25-3-5 Demand of disclosure document**

*Sec. 5. (a)* If a transferor:

obtains a waiver under section 2(b) of this chapter; but  
fails to deliver a disclosure document meeting the requirements set forth in section 2 of this chapter to one (1) or more of the other parties to the transfer of property before the date on which the transfer is scheduled to become final;  
a party that did not receive a disclosure document may demand a disclosure document from the transferor.

(b) Subject to section 6 of this chapter, a party who demands a disclosure document under this section may void an obligation to accept the transfer of the property or to finance the transfer of the property if:

the party does not receive a disclosure document not later than ten (10) days after demanding a disclosure document; or

the party receives a disclosure document not later than ten (10) days after demanding the disclosure document but the disclosure document reveals one (1) or more environmental defects in the property that were previously unknown to the party.

#### **13-25-3-6 Voiding of obligations; limitation**

*Sec. 6.* A party to a transfer of property may not void an obligation to:

accept the transfer of the property; or

finance the transfer of property under sections 3 through 5 of this chapter;  
after the transfer of property has taken place.

**13-25-3-7.5 Form of disclosure document**

*Sec. 7.5.* The department shall prescribe the form of a disclosure document to be completed and delivered by a transferor of property under this chapter. The form must elicit at least the following information:

Property identification, including address, legal description, and property characteristics.

The nature of the transfer, including identities of the transferor and transferee.

Environmental information, including:

regulatory information during the transferor's ownership; and

site information under other ownership or operation.

Certification by the transferor that the information submitted on the disclosure document is true and accurate to the best of the transferor's knowledge and belief.

Certification by the transferee that the disclosure document was delivered with all elements completed.

**13-25-3-8 Recording and filing of disclosure document**

*Sec. 8. (a)* Not more than thirty (30) days after the effective date of a transfer of property that requires the preparation of a disclosure document under this chapter:

the transferor or transferee shall record the disclosure document in the office of the county recorder of the county in which the property is located; and

the transferor shall file a copy of the disclosure document with the department,

*(b)* The transferor and transferee are jointly responsible for recording a disclosure document in the county recorder's office under this section. However, the recording of a disclosure document by one (1) person referred to in this subsection discharges the responsibility of the other person.

*(c)* A disclosure document recorded in the county recorder's office or filed with the department:

is a public record under IC 5-14-3; and

must be available for inspection and copying during normal business hours.

**13-25-3-9 Environmental defect elimination; recording**

*Sec. 9. (a)* If a disclosure document recorded under section 8(a)(1) of this chapter reports the existence of an environmental defect on a property, a person who has a financial interest in the property may record, in the same county recorder's office in which the disclosure document is recorded, a document that reports that the environmental defect has been eliminated from the property.

*(b)* A professional engineer registered under IC 25-31-1 who does not have a financial interest in the property must certify a document filed under this section.

**13-25-3-10 Failure to deliver disclosure document; penalty**

*Sec. 10.* A transferor who fails to deliver a disclosure document to a party in violation of section 2 of this chapter commits a Class B infraction.

**13-25-3-11 Knowingly making false statement in disclosure document; penalty**

*Sec. 11.* A transferor who knowingly makes a false statement in a disclosure document delivered under this chapter commits a Class A infraction. Each day that the transferor knows of the falsity of the statement made in the disclosure document but fails to correct that statement through the filing, recording, and delivery of a corrected disclosure statement constitutes a separate infraction.

**13-25-3-12 Failure of record disclosure document; penalty**

*Sec. 12. (a)* Except as provided in subsection (b), a person who: is responsible for filing a disclosure document in the office of the county recorder under section 8(a)(1) and 8(b) of this chapter; and fails to record the disclosure document; commits a Class A infraction.

*(b)* The failure of a transferee to record a disclosure document within the period allowed under section 8(a) of this chapter is not an infraction under this section if the disclosure document:

was not delivered to the transferee within the time allowed under section 2 of this chapter; or

contains one (1) or more false statements about substantive matters.

**13-25-3-13 Exceptions to disclosure document requirements**

*Sec. 13. (a)* The duties imposed by this chapter are subject to the exceptions set forth in this section.

*(b)* A buyer of property who finances the purchase of the property through a mortgage loan is not required under section 2, 4, or 5 of this chapter to deliver a disclosure document to the mortgagee that provides the mortgage loan.

*(c)* A person who lends money and takes a mortgage on property to secure the loan is not required under section 8 of this chapter to:

record a disclosure document concerning the property in the office of the county recorder of the county in which the property is located; or

file a copy of the disclosure document with the department.

**13-25-3-14 Order requiring compliance with chapter**

*Sec. 14.* In an action based on an alleged commission of an infraction defined in sections 10 through 12 of this chapter, the prosecuting attorney may obtain an order requiring the defendant to comply with this chapter.

**13-25-3-15 Civil action; damages; costs; attorney's fees**

*Sec. 15.* A party to a transfer of property may bring a civil action against another party to the transfer of property to recover consequential damages based upon a violation of this chapter. In an action brought under this section, a party may recover reasonable costs and attorney's fees.

**F. MICHIGAN  
NATURAL RESOURCES AND ENVIRONMENTAL POLLUTION CONTROL (NREPC)**

**(Michigan compiled laws, Annotated, West Group, 1999/2006)**

**324.20116 Transfer of property interests in facilities, required notice of release; completion of response activities**

(1) A person who has knowledge or information or is on notice through a recorded instrument that a parcel of his or her real property is a facility shall not transfer an interest in that real property unless he or she provides written notice to the purchaser or other person to which the property is transferred that the real property is a facility and discloses the general nature and extent of the release.

(2) The owner of real property for which a notice required in subsection (1) has been recorded may, upon completion of all response activities for the facility as approved by the department, record with the register of deeds for the appropriate county a certification that all response activity required in an approved remedial action plan has been completed.

(3) A person shall not transfer an interest in real property unless the person fully discloses any land or resource use restrictions that apply to that real property as a part of remedial action that has been or is being implemented in compliance with section 20120a.

P.A. 1994, No. 451, Par. 20116, Eff. March 30, 1995. Amended by P.A. 1995, No. 71, Par. 1, Imd. Eff. June 5, 1995.

*N.B. Section 20120a handelt over "cleanup criteria and categories; approval of remedial action plan; development of criteria".*

**G. OREGON  
PUBLIC HEALTH AND SAFETY, HAZARDOUS WASTE AND HAZARDOUS MATERIALS I, OREGON ENVIRONMENTAL CLEANUP LAW**

**(Oregon Revised Statutes, Volume 11, Official Edition of the State of Oregon, 2005)**

**Par. 465.200**

(...)

(13) "Facility" means any building, structure, installation, equipment, pipe or pipeline including any pipe into a sewer or publicly owned treatment works, well, pit, pond, lagoon, impoundment, ditch, landfill, storage container, above ground tank, underground storage tank, motor vehicle, rolling stock, aircraft, or any site



or area where a hazardous substance has been deposited, stored, disposed of, or placed, or otherwise come to be located and where a release has occurred or where there is a threat of a release, but does not include any consumer product in consumer use or any vessel.

(...)

**(16)** “Hazardous substance” means:

(a) Hazardous waste as defined in ORS 466.005.

(b) Any substance defined as a hazardous substance pursuant to section 101(14) of the federal Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, P.L. 96-510, as amended, and P.L. 99-499.

(c) Oil.

(d) Any substance designated by the commission under ORS 465.400.

(...)

**(18)** “Natural resources” includes but is not limited to land, fish, wildlife, biota, air, surface water, ground water, drinking water supplies and any other resource owned, managed, held in trust or otherwise controlled by the State of Oregon or a political subdivision of the State.

(...)

**(20)** “Owner or operator” means any person who owned, leased, operated, controlled or exercised significant control over the operation of a facility. “Owner or operator” does not include a person, who, without participating in the management of a facility, holds indicia of ownership primarily to protect a security interest in the facility.”

**Par. 465.255 Strict liability for remedial action costs for injury or destruction of natural resources; limited exclusions.**

**(1)** The following persons shall be strictly liable for those remedial action costs incurred by the state or any other person that are attributable to or associated with a facility and for damages for injury to or destruction of any natural resources caused by a release:

(...)

(c) Any owner or operator who obtained actual knowledge of the release at the facility during the time the person was the owner or operator of the facility and then subsequently transferred ownership or operation of the facility to another person without disclosing such knowledge.

**Par. 465.260 Removal or remediation action; reimbursement of costs; liability; damages.(...)**

**(8)** If any person who is liable under ORS 265.255 fails without sufficient cause to conduct a removal or remediation action as required by an order of the director, the person shall be liable to the department for the state’s remedial action costs and for punitive damages not to exceed three times the amount of the state’s remedial action costs.

**Par. 465.900 Civil penalties for violation of removal or remedial actions**

(1) In addition to any other penalty provided by law, any person who violates a provision of ORS 465.200 to 465.545, or any rule or order entered or adopted under ORS 465.200 to 465.545, shall incur a civil penalty not to exceed \$ 10,000 a day for each day that such violation occurs or that failure to comply continues.

(...)

**H. PENNSYLVANIA****HAZARDOUS SITES CLEANUP, HAZARDOUS WASTE, CHAPTER 29A  
SOLID WASTE MANAGEMENT**

(Purdon's Pennsylvania Statutes Annotated, Thomson West, 2003/2006)

**Par. 6018.405. Conveyance of disposal site property**

After the effective date of this act, the grantor in every deed for the conveyance of property on which hazardous waste is presently being disposed, or has even been disposed by the grantor or to the grantor's actual knowledge shall include in the property description section of such deed an acknowledgement of such hazardous waste disposal; such acknowledgement to include to the extent such information is available, but not be limited to, the surface area and exact location of the disposed waste and a description of the types of hazardous wastes contained therein. Such amended property description shall be made a part of the deed for all future conveyances or transfers of the subject property. Provided, however, that the warranty in such deed shall not be applicable to the surface area size and exact location of the disposed wastes contained therein.

1980, July 7, P.L. 380, No. 97, Par. 405, effective in 60 days.

(...)

**Par. 6018.605. Civil penalties**

In addition to proceeding under any other remedy available at law or in equity for a violation of any provision of this act, any rule or regulation of the department or order of the department or any term or condition of any permit issued by the department, the department may assess a civil penalty upon a person for such violation. Such a penalty may be assessed whether or not the violation was willful or negligent. In determining the amount of the penalty, the department shall consider the willfulness of the violation, damage to air, water, land or other natural resources of the Commonwealth or their uses, cost of restoration and abatement, savings resulting to the person in consequence of such violation, and other relevant factors (...). The maximum civil penalty which may be assessed pursuant to this section is \$ 25,000 per offense. Each violation for each separate day and each violation of any provision of this act, any rule or regulation under this act, any order of the department, or any term or condition of a permit shall constitute a separate and distinct offense under this section (...).

1980, July 7, P.L. 380, No. 97, Par. 605, effective in 60 days.

**Par. 6018.606. Criminal penalties**

(...)

(c) Any person or municipality that knowingly:

(...)

(2) makes any false statement or representation in any application label, manifest, record, report, permit or other document relating to hazardous waste generation, storage, transportation, treatment or disposal, which is filed, submitted, maintained or used for purposes of compliance with this act or any municipality which knowingly stores, treats or disposes of any hazardous waste without having obtained a permit for such storage, treatment or disposal; shall be guilty of a misdemeanor of the third degree and, upon conviction, shall be sentenced to pay a fine of not less than \$ 1.000 but not more than \$ 25.000 per day for each violation.

**I. WEST-VIRGINIA  
HAZARDOUS WASTE MANAGEMENT ACT**

(Michie's West Virginia Code Annotated, Volume 8A, LexisNexis, 2002/2006)

**Par. 22-18-21. Disclosures required in deeds and leases**

(a) The grantor in any deed or other instrument of conveyance or any lessor in any lease or other instrument whereby any real property is let for a period of time shall disclose in such deed, lease or other instrument the fact that such property or the subsurface of such property (whether or not the grantor or lessor is at the time of such conveyance or lease the owner of such subsurface) was used for the storage, treatment or disposal of hazardous waste. The provisions of this subsection only apply to those grantors or lessors who owned or had an interest in the real property when the same or the subsurface thereof was used for the purpose of storage, treatment or disposal of hazardous waste or who have actual knowledge that such real property or the subsurface thereof was used for such purpose or purposes at any time prior thereto.

(b) Any grantee of real estate or of any substrata underlying said real estate or any lessee for a term who intends to use the real estate conveyed or let or any substrata underlying the same for the purpose of storing, treating or disposing of hazardous waste shall disclose in writing at the time of such conveyance or lease or within thirty days prior thereto such fact to the grantor or lessor of such real estate or substrata. Such disclosure shall describe the proposed location upon said property of the site to be used for the storage, treatment or disposal of hazardous waste, the identity of such waste, the proposed method of storage, treatment or disposal to be used with respect to such waste and any and all other information required by rules of the director. (1994, c. 61.)

## Literatuurlijst

Tussen vierkante haken staan de paragraafnummers waarin naar de desbetreffende literatuur wordt verwezen.

R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Studiepockets Privaatrecht nr. 47, Milieuprivaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1996

W.J.M. van Andel, *Aansprakelijkheid voor nalaten in het ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/2, p. 50-55 [par. 8.3.2]

W.J.M. van Andel, *Naschrift bij de reactie van mr. J.S. Kortmann, Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/10/11, p. 388-390 [par. 8.3.2]

J.R. van Angeren, *Vermogensrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel emissiehandel, NbBW* 2004/nr. 7/8, p. 118-121 [par. 6.3.1, 6.3.2]

J.S. Aplegate, J.G. Laitos en C. Campbell-Mohn, *The Regulation of Toxic Substances and Hazardous Wastes*, New York: Foundation Press, 2000, p. 875-876 [par. 9.4.3]

T.M. Armstrong en R.B. Jones, *Expedited Redevelopment Under Connecticut's Revised Transfer Act and Licensed Environmental Professional Programs, Journal of Environmental Law & Policy*, Volume 3, Number 4, January/February 1996, p. 47-57, 52-53 [par. 4.5.1, 4.5.2]

Asser-Hartkamp, *Verbindenissenrecht, Deel I, De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer, twaalfde druk, 2004, p. 231-320 [par. 7.2.2]

Asser/Maeijer deel 2-II, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, achtste druk, 1997

Asser/Maeijer, deel 2-III, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: tweede druk, 2000, nr. 18 p. 28, 432-472, 498-505 en 958-972 [par. 1.1, 3.4.2, 8.3, 8.3.1, 8.3.3]

- Asser-Van Dam-Mijnssen-Van Velten, Deel 3-II, *Mr. C. Asser's inleiding tot het Nederlands burgerlijk recht. Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer, veertiende druk, 2002, nr. 217, nr. 227, nr. 247 [par. 7.5.1, 7.5.2, 7.7.1]
- Asser/Hartkamp, Deel 4-II, *Mr. C. Asser's handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. Verbintenissenrecht, Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, elfde druk, 2001
- Asser-Abas, Deel 5-IIA, *Huur; Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 2004, p. 275 (nr. 318) [par. 7.6.3]
- S.O.H. Bakkerus, *De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator*, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, J.J. van Hees en S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 6, W.E.J. Tjeenk Willink, 1996, p. 173-185 [par. 9.3, 9.3.1]
- S.E. Bartels, *De Groene Serie Privaatrecht*, Vermogensrecht, Titel 1. Algemene bepalingen, Titel 1, afdeling 2. Inschrijvingen betreffende registergoederen, Artikel 23. (3.1.2.6) Goede trouw, Aantekening 3. De verkrijger van een registergoed, bijgewerkt tot en met 1 juli 2006 [par. 7.2.4]
- S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 2006, p. 233, 237, 239, 250 [par. 8.2.1, 8.3.3, 8.3.4]
- G. Battista, *The environmental cleanup responsibility act (ECRA): new accountability for industrial landowners in New Jersey*, 8 *Seton Hall Legislative Journal* 331, Volume 8, 1985, p. 331-370 [par. 4.2, 4.4.1.1, 4.10.1]
- E. Bauw, *Bodemsanering op bevel*, *NJB* 1992/12, p. 392 [par. 3.3.4]
- E. Bauw, *De Groene Serie Privaatrecht*, Onrechtmatige daad, Artikelsgewijs commentaar, Afdeling 2. Aansprakelijkheid voor personen en zaken, Artikel 175(1). Gevaarlijke stoffen, Aantekening 18, De aansprakelijke persoon in geval van lucht-, water- of bodemverontreiniging (art. 175 lid 4), bijgewerkt tot en met 1 april 2007 [par. 6.2.2]
- E. Bauw en E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer, 2003, derde druk, p. 99, 157-169, p. 249-256, 263-298 [par. 3.2, 6.2.2, 7.2.2, 9.4.2, 9.4.3]
- J.M. Bazelmans, *Aansprakelijkheid bij handel in emissierechten, Een overzicht van overheids- en contractuele aansprakelijkheid*, *TMA* 2003/4, p. 100-107 [par. 6.3.1]
- J.M. Bazelmans, *De implementatie van Europese handel in emissierechten in Nederland*, *M&R* 2004/4, p. 214-220 [par. 6.3.4.1]
- M.S. van Beek, *Structuurwijziging bij ondernemingen door oprichting van een besloten of naamloze vennootschap*, Dossier nr. 40, maart 2000, *Structuurwijziging*, p. 2-5

- C. de Beir, P. de Smedt, L. Lavrysen, T. Malfait en R. Slabbinck, *Het nieuwe Bodemdecreet. Too much, too little?*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2007, p. 290-323 [par. 4.9.1, 4.9.2]
- K.F.M. Berger, *Verhouding tussen verkoper en koper van registergoederen in het licht van bodemverontreiniging*, *Bouwrecht* 1994/1, p. 35-41 [par. 7.2.2]
- L.L. Bergeson, L.M. Campbell en E.B. Salathé Gernhard, *Liability*, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: Matthew/Bender, 2006, p. 7-5 – 7-14, 7-25 – 7-27, 7-29 – 7-30, 7-43 [par. 8.5.4, 8.5.5, 8.5.6, 8.5.7]
- L. Bergkamp, R. Hunter en T.T. Smith, *Managing environmental liability risks in European business transaction, An Overview of Emerging Liability Schemes and Procedures for Dealing with Environmental Risk in Europe*, *TMA* 1996/4, p. 69-85 [par. 7.2.4, 7.4, 7.6.1, 8.2.2]
- L. Bergkamp, *The European Environmental Liability Directive and its Effects on Industry and Economy*, in: R. Mellenbergh en R. Uylenburg (red.), *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur, De betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid voor Nederland*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005, p. 111-114 [par. 2.2.3, 8.2.2]
- D.S. Berry en D.A. Sivas, *Liability of Parties to Brownfields Transactions Under CERCLA*, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 4-5 – 4-15, 4-56 [par. 8.5.3, 8.5.4]
- D.S. Berry, *Principal Cause of Brownfields Problem – Superfund Liability*, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2006, p. 3-11 [par. 8.5.2]
- H.J.M. Besselink, H.AE. Uniken Venema en M. Verbree, *Een complexvergunning voor zelfstandige bedrijven*, *M&R* 1996/2 [par. 2.2.2, 2.4.2]
- G. Betlem, *De rol en betekenis van 'exploitant-aansprakelijkheid*, *TMA* 2005/5, p. 171-176 [par. 8.2.2]
- P.F.A. Bierboom en G.A. van der Veen, *Samenloop*, in: P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Betlem, *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Gouda Quint B.V., 1997, p. 78-79 [par. 3.4.4.2]
- P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Beltem, *Aansprakelijkheid in de Wet Bodembescherming*, Serie Aansprakelijkheidsrecht, Deel 4, Gouda Quint BV, 1994, p. 17, p. 42 [par. 3.3.4, 3.4.1]
- P.F.A. Bierbooms, *Aansprakelijkheid voor de kosten van overheden voor het opruimen van asbest en andere stoffen*, *Overheid en Aansprakelijkheid* 2005/5, p. 155-163 [par. 6.2.2]

- A. R. Bloembergen, C.C. van Dam, Jac. Hijma, W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 1998
- A.B. Blomberg, F.C.M.A. Michiels en A.G.A. Nijmeijer, *Vergunningverlening in het omgevingsrecht: naar stroomlijning of integratie?*, TO 2005/1, p. 3-11 [par. 2.2.1]
- J.W.H. Blomkwist, Monografieën BW, B78, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer, derde druk, 2006, p. 8-11, 64 [par. 9.4.3]
- BNA Toxics Law Reporter, Businesses urged to increase efforts to analyze impact of laws, regulations*, Volume 2, Number 2, June 10, 1987, p. 57-58 [par. 4.4.1.2]
- BNA Toxics Law Reporter, Purchaser seeks to use ECRA to void sale of property later found to be contaminated*, Volume 4, Number 1, June 7, 1989, p. 13 [par. 4.4.1.2]
- BNA Toxics Law Reporter, ECRA enforcement overburdens industry, cost almost 5,000 jobs, survey reveals*, Volume 4, Number 43, April 4, 1990, p. 1247-1248 [par. 4.4.1.2]
- W.H. van Boom en M.H. Wissink, *Preadviezen 2002 uitgebracht voor de Vereniging van Burgerlijk Recht, aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Kluwer, 2002 [par. 3.4.2]
- H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.3, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 13 Wbb, p. 15, 21 [par. 3.2, 6.2.2]
- H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 Wbb, p. 44, 47 [par. 3.2, 3.3.3, 3.4.1]
- H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band 1, B-2.4, 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 46 lid 1 Wbb, p. 53 [par. 3.3.4]
- H.J. Bos en L.J. Wildeboer (red.), *Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Lelystad: Vermande, Band B1, B-2.7, 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, p. 54/2, 54/3, 54/13 en p. 54/14 [par. 3.4.4.2, 3.4.4.3]
- W.Th. Braams, *Tussen Scylla en Charybdis, Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen op de grens van de Boeken 6 en 8 BW*, TMA 1995/1, p. 1-10 [par. 6.2.2, 7.1]
- E.H.P. Brans, *Het wetsvoorstel tot implementatie van de EU richtlijn Milieuaansprakelijkheid (2004/35/EG)*, M&R 2007/9, p. 536-545 [par. 3.5.2]

- J.H.G. van den Broek, W.A. de Haas, F.J.C.M. de Kok en G.J. Niezen, *De Wet bodembescherming in bedrijf, Een praktische handleiding voor ondernemer en adviseur*, Deventer: Kluwer, 1994, p. 122, 125 [par. 7.2.4, 7.7.2]
- Van Buchem-Spapens en Th.A. Pouw, *Faillissement, surséance van betaling en schuldsanering*, Monografieën Privaatrecht, Deventer: Kluwer, 2004, zevende druk [par. 9.3]
- J.L. Burggraaf, *Garanties bij overnames*, Dossier nr. 24, 1996 (2), *Onderneming & Overnemen*, p. 80-85
- Business Laws, Inc., Editorial Staff, *State Transfer Laws*, 2000, 111 Supp. 7, 31.004-31.016, p. 31.009 [par. 4.3, 4.4.2.1]
- P.J.J. van Buuren, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursdwang en dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, tweede druk, 1999, p. 67 [par. 8.2.1]
- P.J.J. van Buuren, *De brede VROM-vergunning: een onbereikbaar ideaal. Jaarrede van de voorzitter van de Vereniging voor Bouwrecht*, *Bouwrecht* 2004/2, p. 99-104
- Buying and selling businesses*, in: *New Jersey Practice Series*, Volume 21A, Skills and Methods, by New Jersey content experts, Thomson/West, revised Third Edition, 2005, p. 433-521 [par. 4.10.2]
- J.L.P. Cahen, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht (Pitlo serie)*, Deventer: Kluwer, 2002, negende druk, p. 272
- William J. Carney, *Mergers and acquisitions, Cases and Materials*, New York: Foundation Press, 2000, p. 215-216
- L.D. Cherkis en S.M. Abramowitz, *Collier Real Estate Transactions and the Bankruptcy Code*, LexisNexis, 2006, p. 6-67 – 6-68 [par. 9.4.4]
- R.J. Conway Jr., *ISRA: What you need to know*, 160-APR *N.J. Law* 16 [par. 4.4.1.2]
- R.J. Conway en R.M. Casavechia, *Attention N.Y. Lawyers: Major Amendments to ECRA*, 9/28/93 *N.Y.L.J.* 1, (col. 1) [par. 4.4.1.2]
- S.M. Cooke en C.P. Davis, *The Law of Hazardous Waste*, Newark/San Francisco: Matthew Bender, 2001, p. 18-20, 18-33, 18-34 [par. 7.2.4]
- E.P. Coutinho, *Het fusieproces binnen een groot concern*, Dossier nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, p. 18-22 en een up-date van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions* (2), p. 18-22



- D.R. Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, Charlottesville, Virginia: Lexis Law Publishing, Volume 5, Seventh Edition, 1998, p. 477-481, 483, 488 [par. 4.4.2.5, 9.4.4]
- E.J. Daalder, G.R.J. de Groot en J.M.E. van Breugel, *De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Derde Tranche*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1998, p. 40, 386 [par. 7.2.1, 8.2.1]
- D.R. D'Alonzo, M.K. Hennessy en A.B. Wakin, *ECRA to ISRA: Is it more than just a name change?*, *The Villanova Environmental Law Journal*, Volume VII, Issue 1, 1996, p. 51-80 [par. 4.4.1.1, 4.4.1.2, 4.4.2.3, 4.4.2.6, 4.10.1, 5.2.2]
- L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht, Deel 1 Systeem, Bevoegdheid, Besluitvorming en Handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2003, p. 615, 617-618 [par. 2.3, 2.8.2, 9.4.5]
- J.J. Dammingh, *Non-conformiteit en schadevergoeding. Aansprakelijkheid voor gebrek aan onroerende zaak*, *Advocatenblad* 2000/6, p. 215-222 [par. 7.2.2]
- S. Deloddere, *Kanttekeningen bij het begrip 'overdracht van gronden' zoals gedefinieerd in het Decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1996, p. 80-84 [par. 4.9.1]
- D. Devos, *Wijzigingen aan het bodemsaneringsdecreet: de sanering van sites, kort maar krachtig*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2001, p. 366-378 [par. 4.9.1]
- G.R.M. van Dijk, *Handleiding Milieuwetgeving, Commentaar wet verontreiniging oppervlaktewateren*, Algemeen commentaar (6.2) (juli 2001), par. 4, p. 30-31 [par. 6.2.1]
- L.F. Doorduijn, J. Hofland en D. Samkalden (red.), *Handleiding Milieuwetgeving, 8 Bodem*, Samson HD Tjeenk Willink, 183 HMw, p. 94 (september 1997) [par. 3.4.4.1]
- A.F.M. Dorresteyn (red.), *Actualia Ondernemingsrecht nr. 12, Ontvlechting van ondernemingen*, Arnhem: Gouda Quint, 1996
- M.K. Dowd, New Jersey's reform of contaminated site remediation, 18 *Seton Hall Legislative Journal* 207, 1993 [par. 4.4.1.1, 4.4.2.3, 4.10.1]
- R.A. Dozy, *Handboek Huurrecht (oud), Huurrecht in het BW*, Artikelsgewijs commentaar (losbladig), artikel 1599, aantekening 6, bijgewerkt tot 1 mei 2001 [par. 7.6.2]
- R.A. Dozy en Y.A.M. Jacobs, *Hoofdstukken huurrecht voor de praktijk*, Gouda Quint, derde druk, 1999, p. 456, 477-478 [par. 7.6.3]
- Th.G. Drupsteen en D. van der Meijden, *Jurisprudentie Milieurecht met annotaties, Editie 1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink

- J.M. van Dunné en L.J. Smale, *Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid naar huidig recht: knelpunten en gerealiseerde oplossingen*, *Nederlands recht*, in: *Aansprakelijkheid voor milieuschade en financiële zekerheid, Een vergelijking van Nederlands, Belgisch en Europees recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1998, p. 35, p. 41-42 [par. 3.4.1]
- J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2 Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, vierde druk, 2004, p. 599-624 [par. 6.2.2]
- J.M. van Dunné, *De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezien naar aanleiding van de arresten Duwbak Linda (2004) en Barneveld – Gasunie (2007). Een terugblik op Total (2002) en Akzo (2001) en relativiteit bij bodemvervuiling*, *TMA* 2007/5, p. 123-143 [par. 3.4.1]
- M.A. Eisenberg, *Corporations And Other Business Organizations*, New York: Thomson/West, negende druk, 2005, p. 190-191 [par. 8.5.4]
- E.F.D. Engelhart en G.E. van Maanen, *De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking: géén billijkheidsactie! Het hek moet weer op de dam ...*, *NTBR* 1998/9, p. 309-324 [par. 3.4.4, 3.4.4.2]
- Environmental Issues in Business Transactions, 1997 Cumulative Supplement*, p. 21-34, p. 175-201, Business Laws, Inc., Editorial Staff, *Limiting Liability in Transactions*, December 1994, 111 en 111 Supp. 6, p. 40.001-40.067 [par. 7.1]
- D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, Thomson West, Seventh Edition, 2005, p. 360-361 [par. 4.4.2.5]
- D.G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law in a Nutshell*, St. Paul: Thomson/West, Seventh Edition, 2005, p. 3, 6-7, 124-126, 292-294, 360-361 [par. 4.4.2.5, 9.4.4]
- M.F.A. Evers, bewerkt door W.A.P. Smit, *Huurrecht bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer, zevende druk, 2003, p. 21-22, 44-55 [par. 7.6.1, 7.6.3]
- D.B. Farer, *ECRA Verdict: The Successes and Failures of the Premiere Transaction Triggered Environmental Law*, *Pace Environmental Law Review*, Volume 5, Number 1, Fall 1987, p. 113-147 [par. 4.4.1.1, 4.4.1.2, 4.10.1, 5.2.2]
- D.B. Farer, *Industrial Site Recovery Act: New Jersey's Chosen Road to ECRA Reform*, *Toxics Law Reporter*, July 7, 1993, p. 147-150 [par. 4.4.1.2, 4.5.1]
- G.W. van der Feltz, bewerkt door S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel 1, Haarlem 1896, Serie Onderneming en Recht, deel 2-1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, p. 372, 384 [par. 9.2.1, 9.3.1]

- W.J. Fering, E. Piëst en H.A. Ritsema (red), *Fusie en overname*, Groningen: Wolters Noordhoff management, 1991
- B. Fernandez in J.M. van Dijk, S.H.M.A. Dumoulin en J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht en Effectenrecht*, Deventer: Kluwer, 2007, aantekening 2 bij art. 16 Wetboek van Koophandel (p. 886) [par. 8.2.1]
- R.W. Findley en D.A. Farber, *Environmental Law in a Nutshell*, St. Paul (MN): Thomson/West, 2004, p. 58-65 [par. 4.3, 8.5.4]
- R.J. van Galen, *Faillissementswet, commentaar bij artikel 180 Fw, Aantekening 4, Boedelschulden en faillissementskosten*, bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht* [par. 9.4.5]
- Bryan A. Garner (Ed. in Chief), *Black's Law Dictionary*, Thomson/West, Eight Edition, 2004 [par. 4.4.2.2, 4.4.2.4, 4.4.2.5, 5.2.1, 5.2.2, 7.1, 8.5.4, 8.5.7, 9.4.4]
- E.G. Geltman, *Shifting Environmental Risk, A Guide to Drafting Contracts and Structuring Transactions*, American Bar Association, 1999, E.G. Geltman, *Environmental Issues in Business Transactions*, Volume I, Charlottesville: The Michie Company Law Publishers, 1994, p. 105-149, p. 321-349, p. 469-476 [par. 7.1]
- M.B. Gerrard, *A Proposal to Use Transactions to Leverage Environmental Disclosure and Compliance*, in: J. Freeman and C.D. Kolstad (eds.), *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, Oxford University Press, p. 420-435 [par. 4.10.2, 5.2.1, 5.3.1, 5.5, 5.6, 11.3]
- M.B. Gerrard en J.M. Gross, *Amending CERCLA: The Post-SARA Amendments to the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, Chicago: ABA Publishing, American Bar Association, 2006, p. 17-18 [par. 8.5.2, 9.4.4]
- F.P. Grad, *Treatise on Environmental Law*, LexisNexis/Matthew Bender, 2005, Volume 3, p. 4A-78.176(19) [par. 9.4.4]
- J.M. Grasso, K.A. Caffee en T.J. Carlstedt, *Lessons Learned: An Eye Opening Look at Environmental Due Diligence in Stock Purchase Transactions*, *Toxics Law Reporter* 2002, Vol. 17, No. 19, p. 463-469 [par. 7.1, 7.3.1]
- J.S. van der Griendt, *Grond voor zorg. Stof tot nadenken* (diss.), Universiteit Utrecht, Uitgeverij Stili Novi, 2007 [par. 5.2.1]
- J.S. van der Griendt, *Schade door bodemverontreiniging. Een beschrijving van taxatiemethoden en -technieken*, *NTBR* 2007/10, Nr. 69, p. 477-483 [par. 5.2.1]

- H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer, vierde druk, 2006, serie *Recht en Praktijk* 67 [par. 8.3, 8.3.2]
- J. Gross, *Bankruptcy*, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 2, 2006, p. 10-5, 10-6, 10-15, 10-17 – 10-19, 10-26 – 10-27, 10-30 – 10-31, 10-33 – 10-34, 10-42 – 10-43 [par. 4.4.2.5, 9.4.4]
- J.J.A. Hamers en C.A. Schwarz, *Milieuschade en aansprakelijkheid: de positie van bestuurders van kapitaalvennootschappen*, *Tijdschrift SV & V* 2003-1, p. 21-31 [par. 8.3.1, 8.3.2]
- A.S. Hartkamp, *Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad*, *WPNR* 01/6440 en 01/6441, p. 311-318 en p. 327-334 [par. 3.4.4, 3.4.4.1]
- G.G.M. ten Have, *Taxatieleer onroerende zaken*, Houten: Educatieve Partners Nederland BV, tweede druk, derde oplage, 2002, p. 1-18 [par. 5.2.1]
- A.C. Havinga-Smilde, *De effecten van de gewijzigde Wet bodembescherming op de sanering van bedrijfsterreinen. Bodemsanering bedrijfsterreinen in de versnelling?*, *Bodem* 2006/2, p. 46-47 [par. 3.2]
- K.R. Heidt, *Environmental Obligations in Bankruptcy*, Thomson/West, 2006, p. 8-79, 146 [par. 9.4.4]
- M.P.C. van der Heijden, *Een zaak van milieuvervuiling in 1550*, *TMA* 1994/3, p. 67-68 [par. 3.2]
- P.C.M. Heinen en H.E. Woldendorp, *Het bodemsaneringsbevel*, *De Gemeentestem* no. 7019 en no. 7012, p. 553-560 en p. 594-602 [par. 3.3.4, 8.2.3]
- R.L.R. Hennuïn (red.), *Hoofdzaken belastingrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2005, p. 74-75 [par. 3.3.2.1]
- M.J.G. van Hintum, *Kostenverhaal in ontwikkeling: de Beleidsregel Kostenverhaal*, artikel 75 *Wet bodembescherming*, gepubliceerd, *TMA* 2002/4, p. 95-100 [par. 3.4.4.1, 3.4.4.2]
- Zie J. Hoekstra, *De uit te breiden Wet bodembescherming, gezien vanuit provinciaal perspectief*, *Bouwrecht* 1994/1, p. 21 [par. 3.3.4, 3.3.7]
- J. Hofland, C.J. Kleijs en D. Samkalden (red.), *Handleiding Milieuwetgeving*, 7 *Bodem*, 8.2 Commentaar saneringsregeling wet bodembescherming, commentaar bij artikel 46 lid 1, p. 57 (bijgewerkt tot april 2007) [par. 3.3.7]

- E.D. Hogan, *Focus on New Jersey: How Do You Spell ECRA Reform? – ISRA, Journal of Environmental Law & Practice*, July/August 1993, Volume 1, Number 1, p. 57-64 [par. 4.4.1.1, 4.4.1.2]
- R.F.J. Holland, *Tussenpersoon als kreukelzone bij de handel in emissierechten, Ondernemingsrecht* 2006/16, p. 564-569 [par. 6.3.1]
- E. Homburg, *De eerste acties tegen chemische fabrieken omstreeks 1850, Spiegel Historiael* 1993/6, p. 263-268 [par. 3.2]
- W.G. Huijgen, *Erfpacht en publiekrecht*, p. 132-133, in: A.A. van Velten, G.M.F. Snijders, Mr. W.G. Huijgen en H.W. Heyman, *Erfpacht*, Preadvies uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te Nijmegen op 22 september 1995, Lelystad: Koninklijke Vermande B.V., 1995 [par. 7.5.2]
- J.B. Huizink, *Bestuurders van rechtspersonen milieu-aansprakelijkheid, De Naamloze Vennootschap* 72, 4 april 1994, p. 90-95 [par. 8.3.2]
- J.B. Huizink, *De Groene Serie Privaatrecht*, Rechtspersonen, Boek 2 BW, Titel 1 Algemene Bepalingen, Artikel 9, Aantekening 4a (Onbehoorlijk bestuur ), bijgewerkt tot en met 1 mei 2005 [par. 8.3.1]
- J.B. Huizink, *De Groene Serie Privaatrecht*, Rechtspersonen, Boek 2 BW, Titel 1 Algemene Bepalingen, Artikel 9, Aantekening 4 (Behoorlijke vervulling), bijgewerkt tot en met 1 mei 2005 [par. 8.3.1]
- J.M. Hyson, *Private Cost Recovery Actions Under CERCLA*, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 2003 [par. 8.5.4, 8.5.5]
- J.H. Jans en H.H.B. Vedder, *European Environmental Law*, 2008, 3rd edition, Groningen: Europa Law Publishing, p. 223-264 [par. 9.4.2]
- A.R. de Jonge, *Nieuw huurrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, derde druk, 2004, p. 207-209 [par. 7.6.3]
- M.P. Jongma, *De milieuvergunning, een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2002, p. 38-39 [par. 2.2.3]
- E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998 [par. 9.2.1]
- G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Bestuursrechtelijke handhaving ingeval van faillissement, NJB* 1999/17, p. 775-776 [par. 9.3.2]

- G.M. Kerpestein, *Vastgoed, Huurrecht Bedrijfsruimte*, Huurreeks, Editie 2003, Den Haag: Sdu Uitgevers bv, p. 47, 77, 87, 88, 89, 108, 306, 309 en 310 [par. 3.3.7, 7.6.2, 7.6.3, 7.6.4, 7.6.5]
- H.H. Kersten, *Het due diligence onderzoek, vrijwillige en onvrijwillige beperkingen*, Dossier nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, p. 27-33 en een update van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions* (2), p. 28-35 [par. 7.2.2]
- P. Kirpensteijn, Mr. drs. L.H. Donkers en M.D.P. Anker, *Vademecum ondernemingsrecht, Juridische splitsing*, Deventer: Kluwer, 2001
- P. Klik, *Vereenzelviging, doorbraak van aansprakelijkheid en art. 21 IBS*, TMA 1991/5, p. 105-119 [par. 8.3.3]
- P. Klik, *Successor Liability in Nederland, AAgrunol revisited*, TMA 1994/6, p. 145-149 [par. 8.3.3]
- P. Klik, *Het eerste saneringsbevel*, TMA 1998/4, p. 103-110 [par. 3.2, 3.3.4, 8.2.3]
- P. Klik, *Koop van (verontreinigd) onroerend goed*, M&R 2002/3, p. 73-83 [par. 5.5, 7.2.2]
- H.J. de Kluiver, *De ondernemingsrechtelijke contractspraktijk: onderhandelen in de schaduw der wet*, Contracteren, 2001/1, p. 4-14 [par. 7.2.2]
- H.J. de Kluiver, *Overnamecontracten, letters of intent en garanties*, Dossier nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, p. 34-43 en een update van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions* (2), p. 36-45 [par. 7.2.2]
- R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam, d.d. 8 november 2005, p. 110 [par. 9.2.1]
- C.L. Knijff, T.J.M. Jurgens en Ch.W. Backes, *De normadressaat van milieuregels voor inrichtingen*, een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer, Publicatiereeks milieubeheer nr. 1998/8, september 1998 [par. 2.6, 8.2.1]
- C.L. Knijff, *Wie drijft de inrichting?*, M&R 1999/12, p. 285, 288-290 [par. 2.2.2, 8.2.1]
- C.L. Knijff, A.A. Freriks, G.T.J.M. Jurgens en A.A. van Rossum, Advies Evaluatiecommissie Wet Milieubeheer, *Overgang van de milieuvergunning*, ECWM 2002/5, februari 2002, p. 5-9, p. 12-13, p. 55-68, p. 70-71, p. 82 [par. 2.1.2, 2.4.1, 2.4.3, 2.5, 2.6]

- C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen, De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss.), Deventer: Kluwer, 2003, p. 203-208 [par. 2.1.2]
- N.S.J. Koeman, *Rechtsbescherming en handhaving van milieurecht*, in: L.J.A. Damen en R. Uylenburg (red.), *Rechtsbescherming in het milieurecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1990, p. 7-8 [par. 5.3.7, 11.3]
- N.S.J. Koeman, *Milieu en bedrijfsovername*, Dossier nr. 24, 1996 (2), *Onderneming & Overnemen*, p. 31-35
- N.S.J. Koeman, *Milieuprivaatrecht*, in: Ch. Backes e.a. (red.), *Milieuprivaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, p. 525-527 [par. 3.4.1]
- N.S.J. Koeman en A. ten Veen, *Milieu-aspecten bij fusies bij overnames*, in: M.G. Faure en C.A. Schwartz (red.), *Milieuaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 178-185 [par. 7.3]
- L.M. Koenraad, *Handboek Algemene Wet Bestuursrecht*, Kluwer, Artikelsgewijs commentaar art. 5:32, bijgewerkt tot 1 oktober 2006, aantekening 3 [par. 8.2.1]
- J.S. Kortmann, *Reactie op 'Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgestoten?' van mw. mr. M.H. Koster in WPNR (2005) 6617'*, *WPNR* 05/6631, p. 625-627 [par. 6.3.1, 6.3.2]
- J.S. Kortmann, *De overdracht van CO<sub>2</sub>-emissierechten nader beschouwd*, *NJB* 2005/8, p. 392-396 [par. 6.3.1, 6.3.2]
- J.S. Kortmann, *Aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders voor doen en laten*, *Ondernemingsrecht/TVVS* 2006/10/11, p. 384-388 [par. 8.3.2, 8.3.4]
- S.C.J.J. Kortmann, *Sanering en herstel via overdracht of splitsing*, in: *Overnemen, een hele onderneming*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 129-140
- M.H. Koster, *Handel in emissierechten: het causale stelsel 'uitgesloten'?*, *WPNR* 05/6617, p. 301-305 [par. 6.3.1, 6.3.2]
- V.M.Y. van 't Lam, G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, *Het begrip 'inrichting' in de Wet milieubeheer, een onderzoek naar het begrip 'inrichting' als aangrijppunt voor milieuregelgeving*, *Onderzoeksreeks milieuwetgeving* 2002/1, *VROM*, juni 2002, p. 12-13 [par. 2.2.1, 2.2.1, 2.6]
- V.M.Y. van 't Lam verschenen, getiteld *Het begrip inrichting in de Wet Milieubeheer* (diss.), Universiteit Utrecht, Boom Juridische uitgevers, 2005 [par. 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2, 2.7]

- V.M.Y. van 't Lam, *De gevolgen van de Wabo voor het begrip inrichting*, in: M.V.C. Aalders & R. Uylenburg, *Het milieurecht als proeftuin. 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 5-18 [par. 2.2.1]
- T.E.P.A. Lam, *Handhaving in het milieurecht en de ruimtelijke ordening*, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 591-610 [par. 8.2.1]
- T.E.P.A. Lam, *De Wm-inrichting: met een definitie verder van huis?*, *De Gemeentestem* 1998, nr. 7074, p. 221-226 [par. 2.2.2]
- K. Langelaar, *De curator en het milieu*, *NJB* 1999/3, p. 122-127 [par. 2.2.4, 9.3.2]
- K. Langelaar, *Naschrift*, *NJB* 1999/17, p. 778-779 [par. 9.3.2]
- H. Leenaers, *Stop de pompen, bodembacteriën maken verontreinigd grondwater weer schoon*, *NRC Handelsblad* 1 en 2 september 2007, p. 41 [par. 1.1]
- M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, Deventer: Kluwer, 1999, p. 234-243 [par. 8.3.3]
- E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Vademecum Ondernemingsrecht, Sanering en faillissement naar huidig en nieuw recht*, Deventer: Kluwer, 1991
- K.E. Lynott en J. Forrest Jones, *Facing the environmental demons before the deal closes*, 218-DEC *New Jersey Lawyer*, 32 (2002) [par. 4.4.2.4]
- G.E. van Maanen, reactie op het artikel van A.S. Hartkamp in *WPNR* 01/6440 en *WPNR* 01/6441, 'Verrijking' en 'verarming' in art. 6:212 BW. Een vraag aan Hartkamp, *WPNR* 01/6446, p. 490 en p. 491 [par. 3.4.4.2]
- G.E. van Maanen, *Ongerechtvaardigde verrijking! Bespreking preadviezen Van Boom en Wissink voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, *NTBR* 2002/5, p. 174-181 [par. 3.4.4, 3.4.4.2]
- J.L. Mangus, L.P. Chin & C.G. Ankenman, *Action Guide, Handling Real Property Sales Transaction*, Oakland: Continuing Education of the Bar, p. 16-17 [par. 4.7.1]
- J.D. McGaffey, *The due diligence process*, in: William J. Carney, *Mergers and acquisitions, Cases and Materials*, New York: Foundation Press, 2000, p. 635-643 [par. 7.1]
- M.H. McKieth en N. Luban, *Environmental Considerations in Real Estate Purchase and Sale Transactions*, *California Real Property Journal*, 1996, Vol. 14, No. 3, p. 1-9 [par. 4.7.1]



- D. van der Meijden, *Katern, Begrip 'inrichting', jurisprudentie en toelichting inzake het begrip 'inrichting'*, Koninklijke Vermande, 2002 (dit katern vormt onderdeel 7.1 van de losbladige Vermande-uitgave Wet Milieubeheer (code M41)), p. 17-18, p. 69, p. 88-89 [par. 2.1.1, 2.2.1]
- J.W.M.K. Meijer en S.D. Lindenberg, *Asbestschade buiten de werkomgeving*, *NJB* 2008/8, p. 436-443 [par. 5.6]
- R. Mellenbergh en R. Uylenburg (red.), *Aansprakelijkheid voor schade aan de natuur, De betekenis van de richtlijn milieuaansprakelijkheid voor Nederland*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005 [par. 2.2.3, 3.5.2]
- R. Mellenbergh, *De curator en de naleving van de milieuvergunning*, *NJB* 2005/15, p. 784-789 [par. 2.2.4, 2.7, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.5]
- R. Mellenbergh, *NJB* 2005/32, p. 1700, *Naschrift naar aanleiding van de reactie van A.A.J. Smelt*, [par. 9.3.2, 9.4.5]
- R. Mellenbergh, *Soil Protection Law and Reclaiming Soil Decontamination Costs in the Netherlands*, *Journal for European Environmental & Policy and Law (JEEPL)*, 2006/3, p. 240-249 [par. 3.5.3]
- R. Mellenbergh, *ABRvS 9 mei 2007, 200604496/1 (Thielen/Gemeente Maasdriel)*, *TvI* 2007, 34, p. 175-178 [par. 2.2.4, 4.4.2.5, 9.3.2]
- R. Mellenbergh, *De privaatrechtelijke aspecten van de Wet bodembescherming: noodzakelijk of slechts van tijdelijke aard?*, in: M.V.C. Aalders en R. Uylenburg (red.), *Het milieurecht als proeftuin, 20 jaar Centrum voor Milieurecht*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, p. 143-151 [par. 3.3.2.1]
- H.G. von Meijenfeldt, *De redelijkheid van een verrijksactie*, *TMA* 97/2, p. 40-44 [par. 3.4.2]
- H.G. von Meijenfeldt, *De wettelijke regeling van de bodemsanering*, Lelystad: Koninklijke Vermande BV, 1994, p. 31-37 [par. 1.1, 3.2]
- S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsovername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999
- F.C.M.A. Michiels, Studiepockets staats- en bestuursrecht nr. 20, *De Wet milieubeheer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, derde druk, 1998
- F.C.M.A. Michiels en A.B. Blomberg, *Handhaving*, april 2002, in: N.S.J. Koeman en J.E.M. Polak, *Praktijkboek Bestuursrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. VIII-25 en p. VIII-26-30 [par. 8.2.1]

- C.W. de Monchy e.a., *Corporate Governance in Nederland, Een praktische handleiding bij de beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen*, De Brauw Blackstone Westbroek N.V./Boom Juridische uitgevers, 2004 [par. 8.2.1]
- J.S. Moskowitz, *Environmental Liability and Real Property Transactions*, Law and Practice, New York: John Wiley & Sons, Inc., second edition, 1995, p. 341-371 [par. 7.1]
- I.L. Motiuk en D.J. Sheridan, 'New Jersey's ECRA: Problems, Policies, Future Trends', *Toxics Law Reporter*, May 23, 1990, p. 1459-146 [par. 4.4.1.1, 4.10.1]
- Nederlands Juristenblad* van 21 december 2007, *NJB* 2007, 45/46, getiteld 'Klimaatverandering een uitdaging voor juristen' (themanummer), C.E. Drion, M.G. Faure, Chr. H van Dijk, J. Spier, P.A. Nollkaemper, J. Verschuuren, H.E. Woldendorp, A. Driesprong, J. Gupta, M. Peeters, J. Jepma en J.R. van Angeren [par. 1.2]
- M.L. Niemöller en C.L. Knijff, Kluwer, *Praktijkboek Curatoren, De curator en het milieu*, B 16 (september 1998) [par. 9.3]
- J. Nieuwkoop, *Bodemverontreiniging op voormalige bedrijfsterreinen, Spiegel Historiae* 1993/6, p. 236-240 [par. 3.2]
- T. Nijmeijer, *De gefaseerde verlening van de omgevingsvergunning in het voorontwerp Wabo: een gebrekkige regeling*, *StAB* 2006/3, p. 9-14 [par. 2.2.1]
- W.W. de Nijs Bik, *(Due) Diligence*, *TVVS* 1996, nr. 96/8, p. 222-224 [par. 7.2.2]
- W.L. Norton Jr., *Norton Bankruptcy Law and Practice 2d*, Thomson West, Edition 2004-2005, p. 1331 [par. 9.4.4]
- A.P. Nucciarone, *Real Property Transfers and Brownfields Development*, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, New York: LexisNexis, 2006, Volume 5 [par. 4.2, 4.4.1.1, 4.4.1.2, 4.5.1, 4.10.2, 9.4.4]
- A.P. Nucciarone, *New Jersey*, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 7, 2006, p. 72-20 – 72-21 [par. 4.4.2.1]
- F. van Nuffel, *De 'onschuldige bezitter' in het bodemsaneringsdecreet*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2002, p. 33-53 [par. 4.9.1]
- Francis Van Nuffel, *De contractuele bescherming tegen het milieurisico bij overdrachten van ondernemingen en van onroerende goederen*, *Tijdschrift voor Milieurecht* 2005, p. 621-623 [par. 7.2.3, 7.2.4, 7.3.1]

- Charles R.T. O'Kelley & Robert B. Thompson, *Corporations and Other Business Associations, Cases and Materials*, New York: Aspen Law & Business, derde druk, 1999
- H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 39-52 [par. 9.2.1]
- V. van Ophem, *Ongerechtvaardigde verrijksacties van de staat*, TMA 1999/6, p. 180-189 [par. 3.4.2, 3.4.4.1]
- H.P.J. Ophof, *Enige algemene beschouwingen over 'doorstart'*, TVVS 1997 nr. 97/7, *Doorstart* (themanummer), p. 199-201
- H.P.J. Ophof, *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993, p. 3-52
- J.Th.M. Palstra, *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 22 (230a-ruimte) bij artikel 7:230a BW, bijgewerkt tot 1 januari 2007 [par. 7.6.3]
- M. Peeters, F. van der Woerd en G. in de Braek, *Evaluatie van het Besluit financiële zekerheid*, Kwalitatieve ervaringen 2003-2006, Structurele Evaluatie Milieuwetgeving (STEM), STEM publicatie 2006/2 [par. 9.4.3, 9.4.5]
- R.V. Percival, C.H. Schroeder, A.S. Miller en J.P. Leape, *Environmental Regulation, Law, Science, and Policy*, New York: Aspen Publishers, vierde druk, 2003, p. 225, 227-228, 239, 241-245, 269 [par. 5.3.1, 8.5.2, 8.5.4, 9.4.3]
- E.W. Phillips Jr. en E. Lukingbeal, *Connecticut*, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 48-23 – 48-25 [par. 4.5.1]
- E.W. Phillips Jr., R.S. Melvin en K.M. Etala, *Connecticut*, in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. CT-18 – CT-25 [par. 4.5.1]
- Pitlo/Raaijmakers, *Vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Deventer: Gouda Quint, vierde druk, 2000
- A.J.H. Pleysier, *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 3.8, *Werken*, bij artikel 5:101 BW, bijgewerkt tot 1 januari 2007 [par. 7.7.1]
- A.J.H. Pleysier, *Groene Serie Privaatrecht*, aantekening 2.10, *Algemene inleiding*, bij titel 8 boek 5 BW (opstal), bijgewerkt tot 1 januari 2007 [par. 7.7.1]

- A.J. Pleysier, *De Groene Serie Privaatrecht, Zakelijke rechten, aantekening 3 ('kunnen in de akte ... worden beperkt')* bij artikel 5:102 BW, bewerkt tot 1 juni 2005 [par. 2.8.4, 7.7.2]
- N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, 1999, achtste druk, p. 208-213 [par. 9.4.5]
- N.J. Polak, bewerkt door M. Pannevis, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer, tiende druk, 2005, p. 167 e.v. [par. 9.3, 9.3.1]
- P. Poulussen, *Alles heeft een prijs, Het stedelijk leefmilieu in de Zuidelijke Nederlanden (1500-1800)*, *Spiegel Historiael* 1993/6, p. 224-228 [par. 3.2]
- H. Posser en R.-G. Müller, *Environmental Due Diligence*, *JEEPL* 2004/2, p. 136-142 [par. 7.2.4]
- E.A. Poyck, *Environmental Indemnities: Drafting Out the Defects*, *Journal of Environmental Law & Practice* July/August 1996, Volume 4, number 1, p. 5-13 [par. 7.2.2]
- Praktijkboek Milieu*, Jurisprudentie D2, Kluwer, p. D44-159 tot en met p. D44-248b [par. 2.2.1]
- G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss.), Universiteit van Tilburg, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002 [par. 7.2.2]
- G. Raaijmakers, *Bedrog bij bedrijfsovernames: een gewaarschuwd mens telt voor twee*, *NTBR* 2004/6, p. 277-281 [par. 7.2.2]
- G.T.M.J. Raaijmakers, *Bepalingen van de koopprijs en garanties in overnamecontracten*, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsovername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 49-70 [par. 7.2.2]
- G.T.M.J. Raaijmakers, *Ontbinding van aandelentransacties, Onderneming & Financiering* nr. 57, september 2003, p. 12-15
- W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 7, Bijzondere overeenkomsten, Titels 1, 7, 9 en 14*, Deventer: Kluwer, 1991, p. 454 [par. 9.4.3]
- A.N. Resnick en H.J. Sommer (eds.), *Collier Pamphlet Edition Bankruptcy Rules*, Part 2, LexisNexis, 2006, p. F-54 – F-67 [par. 9.4.4]
- H.F.M.W. van Rijswijk, *De kwaliteit van water: Europese en nationale instrumenten voor de bescherming van oppervlaktewater* (diss.), Universiteit Utrecht, 2001 [par. 6.2.1]

- H.F.M.W. van Rijswijk, *De kwaliteit van water*, Deventer: Kluwer, Europese Monografieën, nr. 70, 2001, p. 93 [par. 6.2.2]
- L.J.J. Rogier, *Handhaving en sancties*, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 55-66 [par. 8.2.1]
- M.M. van Rossum, Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond, *Bouwrecht* 1995/2, p. 107-117 [par. 7.2.2]
- M.M. van Rossum, *De problematiek rond ingegraven olietanks (I) en (II, slot)*, *WPNR* 98/6331, p. 649-654 en *WPNR* 98/6332, p. 665-671 [par. 7.2.2]
- A.S. Rueb, *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekening 12 (overdracht van de zaak) bij artikel 7:226 BW, bijgewerkt tot 1 juni 2003 [par. 7.6.5]
- D. Ryckbost, *Bijsturing van het Decreet betreffende de bodemsanering*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1998, p. 334-352 [par. 4.9.1]
- A.J.H. van der Saag, *Environmental Risks and Acquisitions in The Netherlands*, *International Business Lawyer*, September 1996, p. 370-378 [par. 7.3]
- A.F. Salomons, *Verrijking, billijkheid en verdeelde gerechtigheid*, *WPNR* 01/6467, p. 993-995 [par. 3.4.4, 3.4.4.1]
- D. Samkalden en B. van den Berg, *Juridische aspecten van ondergronds bouwen*, Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 24, 25 jaar Vereniging voor Bouwrecht, Deventer: Kluwer, 1997, p. 142 [par. 7.7.1]
- P. Sanders en W. Westbroek/Mr. F.K. Buijn en P.M. Storm, *BV en NV*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 1998
- P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Gouda Quint, twaalfde druk, 2001, p. 4 (nr. 2) [par. 3.4.2]
- P. van Schilfgaarde bewerkt door J. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer, dertiende druk, 2003, p. 4, 125-152 [par. 2.2.2, 8.3, 8.3.1]
- L.P. Schnapf, *Managing Environmental Liability*, New York: Juris Publishing Inc., 2005, Volume 2, Part II, Application to business and corporate transactions, p. 10-1 – 10-17, 10-55 – 10-61 – 10-68.2 [par. 8.5.2, 8.5.4]
- L. Schnapf, *New Jersey*, in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. NJ-77 – NJ-84 [par. 4.4.2.1]

- L. P. Schnapf, *New Jersey*, in: Michael B. Gerrard (general ed.), *Brownfields Law and Practice, the cleanup and redevelopment of contaminated land*, Volume 2, 2006, p. NJ-78, NJ-82 [par. 4.4.2.3, 4.4.2.4]
- H.C.F. Schoordijk, *Dwaling, ongerechtvaardigde verrijking, redelijkheid en billijkheid en vermogensverschuivingen om niet*, *NTBR* 2001/1, p. 13-16 [par. 3.4.4]
- C.A. Schwarz en J.J.A. Hamers, *Aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders van vennootschappen voor milieuschade*, in: M.G. Faure en C.A. Schwarz (red.), *Milieuaansprakelijkheid, Recente ontwikkelingen in een ondernemingsrechtelijk kader*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 99-145 [par. 8.1]
- P.L. Shanks, *California*, in: M.B. Gerrard, (general ed.), *Brownfields Law and Practice*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, 2006, p. CA-1 – CA-63 [par. 4.7.1]
- L.W. Sillevius, F.H. Lugt en R.J. de Vries (red.), *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 96 [par. 3.3.2.1]
- M.W.L. Simons-Vinckx, *Ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering*, *M&R* 1995/3, p. 56-60 [par. 3.4.4.1]
- M.W.L. Simons-Vinckx, *Ongerechtvaardigde verrijking: bron van onzekerheid; verduidelijking dringend gewenst*, *M&R* 1998/9, p. 215 – 216 [par. 3.4.4.3]
- M.W.L. Simons-Vinckx, *Contouren van de ongerechtvaardigde verrijking door bodemsanering*, *TMA* 2003/3, p. 71-77 [par. 3.4.2, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.4.2]
- M.W.L. Simons-Vinckx, *De positie van de opvolgende eigenaar*, *Bodem* 2005/5, p. 196-197 [par. 3.3.1]
- J.K. Six-Hummel, *De Groene Serie Privaatrecht, Huurrecht*, aantekeningen 82, 85 en 87 bij artikel 7:224 BW, bijgewerkt tot 1 mei 2005 [par. 7.6.2]
- W.J. Slagter, *Compendium van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer, zesde druk, 1993, p. 42 [par. 2.2.2]
- W.J. Slagter, *Het due diligence onderzoek*, *TVVS* 1994 nr. 94/9, p. 225-230
- W.J. Slagter en W.W. de Nijs Bik, *Het due diligence-onderzoek*, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsovername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 2-48 [par. 7.2.2]

- W.J. Slagter, *Ontvlechting van concerns in moeilijkheden, De sterfhuisconstructie, de ziekenhuisconstructie en de splitsing met elkaar vergeleken*, Dossier nr. 40, maart 2000, *Structuurwijziging*, p. 81-90
- M.S. Slowinski, J.A. Celentano Jr. en H.C. Walentowicz, *New Jersey Practice Series*, Volume 13C, *Real Estate Law and Practice, Environmental Controls*, Thomson/West, Second Edition, 2002, p. 86-113 [par. 4.10.2]
- P. De Smedt, *De implicaties van het Vlaamse Bodemsaneringsdecreet op het beheer en de vereffening van het faillissement: van nu en straks*, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 2006, p. 529-544 [par. 4.9.1, 4.9.2]
- A.A.J. Smelt, *Handhaving en verhaal in faillissement*, *NJB* 2005/32, p. 1699-1700 [par. 9.3.2, 9.4.5]
- A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss.), Rijksuniversiteit Groningen, 2006 [par. 9.3.2, 9.4.1, 9.4.4]
- R.A.I. Snethlage, 'Controlled Auction', *Enige kanttekeningen*; Dossier nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, p. 63-66 en een update van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions (2)*, p. 73-76
- W. Snijder, *Ongerechtvaardigde verrijking en het betalingsverkeer*, Studiekring 'Prof. mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nummer 7, Deventer: Kluwer, 2001, p. 1-21 [par. 3.4.4.2]
- G. van Solinge en P.J. van der Korst, *Juridische fusie: grenzeloze mogelijkheden?*, Dossier nr. 47, juli 2001, *Mergers and acquisitions*, p. 67-72 en een up-date van dit artikel in *Onderneming & Financiering* nr. 58, november 2003, *Mergers & Acquisitions (2)*, p. 77-81
- J. Spier, *Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen*, *M&R* 1992/3, p. 130-137 [par. 8.3.2]
- B. Steins Bisschop, *De status van een intentieovereenkomst*, Dossier nr. 24, 1996 (2), *Onderneming & Overnemen*, p. 73-79
- D.W. Stever en E.A. Dolin, *Environmental Law & Practice, Compliance/Litigation/Forms*, West Group, 1997, Volume 6, p. 16-19 – 16-20 [par. 4.7.1]
- D.W. Stever, *Law of Chemical Regulation and Hazardous Waste*, Thomson/West, Volume 3, p. 6-231 – 6-235 [par. 8.5.4]
- R. Stijnen, *Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders, Ontwikkelingen gezien vanuit de financiële toezichtswetgeving*, *NJB* 2008/4, p. 204-212 [par. 8.2.1]

- J.T. Taggart, *A primer on Drafting Contractual Provisions to Cure Environmental Impairments*, *California Real Property Journal*, 2001, Vol. 19, No. 3/4, p. 21-28 [par. 4.7.1]
- R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten, Juridische aspecten van emissiehandel voor CO<sub>2</sub> in Nederland en de Europese Unie* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 2005, p. 59-84 [par. 6.3.1]
- L. Timmerman, *Ondernemingsrecht en economische orde*, *SEW* 1977, p. 288 [par. 2.2.2]
- L. Timmerman, *Doorbraak van aansprakelijkheid: de kern van enige recente ontwikkelingen*, *Ondernemingsrecht* 1996/5, p. 134-137 [par. 8.3.3]
- L. Timmerman, *Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures*, *Ondernemingsrecht* 2001/10, p. 294-300 [par. 8.3.3]
- I. van Tol en H. Oldenziel, *NO<sub>x</sub>-emissie-handel in juridische perspectief*, *M&R*, 2002/nr. 7/8, p. 181-188 [par. 6.3.1]
- T.J. Tondro, *Reclaiming Brownfields to Save Greenfields: Shifting the Environmental Risks of Acquiring and Reusing Contaminated Land*, *Connecticut Law Review*, Volume 27, Number 3, Spring 1995, p. 789-819 [par. 4.5.1]
- A.J. Topol, R. Snow en C. Broun, *Superfund Law and Procedure*, Thomson/West, 2006 Edition, Volume 1, p. 181, 190, 199, 200-201, 206, 229-233, 276 [par. 8.5.3, 8.5.4, 8.5.5, 9.4.4]
- Toxics Law Reporter, State and local laws, Connecticut, By not declaring land hazardous waste-free, seller takes on entire cleanup responsibility*, Volume 6, Number 9, July 31, 1991, p. 275-276 [par. 4.5.2]
- M.M. Tuytel, *(Balans)garanties, Vennootschap & Onderneming*, nr. 11, november 2001, p. 174-179 [par. 7.2.2]
- R. Uylenburg, *Toekomst voor de stolpvergunning?*, in: R. Uylenburg en C.J. van der Wilt (red.), *De milieuvergunning in ontwikkeling*, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1999, p. 51-65 [par. 2.3]
- R. Uylenburg, V.M.Y. van 't Lam en J. de Boer, *Bodembescherming via ruimtelijke ordening-, milieu- en waterspoor*, een advies geschreven in opdracht van het ministerie van VROM, STEM publicatie 2006/3, d.d. 1 juni 2007 [par. 3.2]
- B. Vanheusden, *Brownfields redevelopment: naar een duurzame stadsontwikkeling? Rechtsvergelijkende analyse betreffende de sanering van sites* (diss.), Katholieke Universiteit Leuven, 2007 [par. 5.2.2]



- G.A. van der Veen, *Bodemsanering en ongerechtvaardigde verrijking*, BR 1995/10, p. 813-823 [par. 3.4.4, 3.4.4.1]
- G.A. van der Veen, *Bodemvervuiling en de verplichting tot schadevergoeding wegens onrechtvaardigde verrijking*, in: P.F.A. Bierbooms, G.A. van der Veen en G. Betlem, *Aansprakelijkheden in de Wet Bodembescherming*, Gouda Quint B.V., 1997, p. 67-68 [par. 3.4.4.1]
- G.A. van der Veen, *Het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet bodembescherming: een wettelijke saneringsplicht voor bedrijven alsmede andere aanscherpingen*, *Vastgoedrecht* 2004-4, p. 131-138 [par. 3.3.2.1]
- G.A. van der Veen, *De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid in verhouding tot de Wet milieubeheer en de Wet bodembescherming*, TMA 2005/4, p. 144 [par. 3.2]
- G.A. van der Veen, *Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, Europese strategie voor bodembescherming: aardige aansprakelijkheids- en handhavingsaspecten of vooral doorkruising van nationaal beleid?*, TMA 2007/2, p. 35-38 [par. 3.5.1, 5.2.2]
- M. in 't Veld, *De bodemaanpak in Nederland in Europees perspectief*, *Bodem* 2005/6, p. 230-232 [par. 5.3.1]
- F.M.J. Verstijlen, *Curator moet zich aan de wet houden*, *NJB* 1999/17, p. 776-778 [par. 9.3.2]
- F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Katholieke Universiteit Brabant, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998, p. 209-361 [par. 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3]
- F.M.J. Verstijlen, *Faillissementswet, commentaar bij artikel 69 Fw, aantekening 3, Mogelijke verzoekers*, bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht* [par. 9.4.5]
- F.M.J. Verstijlen, *Faillissementswet, commentaar bij artikel 71, Aantekening 1, Salaris curator*, bijgewerkt tot 1 juli 2007, in: *De Groene Serie Privaatrecht* [par. 9.4.5]
- J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 244-245 [par. 9.4.5]
- L. van de Voort, G.-J. van 't Hart en R. Voncken, *Strategische motieven voor overnames*, *Dossier* nr. 24, 1996 (2), *Onderneming & Overnemen*, p. 6-14 [par. 1.1]
- J.B.M. Vranken, *De strijd om het nieuwe verrijktingsrecht, Literatuur versus rechtspraak*, *NJB* 1998/33, p. 1495-1503 [par. 3.4.4.1, 3.4.4.2]
- R.J. de Vries en W.P.A. Ouwehand, *Fiscale aspecten van CO<sub>2</sub>-emissiehandel, Ondernemingsrecht* 2006/16, p. 569-572 [par. 6.3.2]

- F.C.S. Warendorf, *Kostenverhaal op grond van ongerechtvaardigde verrijking. De redelijkheid van verhaal op de koper-eigenaar*, TMA 2001/3, p. 68-75 [par. 3.4.2]
- F.C.S. Warendorf, *Ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van art. 75 lid 3 Wet bodembescherming*, TMA 2003/3, p. 63-70 [par. 3.4.2, 3.4.4.1, 3.4.4.2]
- F.C.S. Warendorf, *Actualiteiten milieuaansprakelijkheid, 'Beleidsregel kostenverhaal, artikel 75 bodembescherming' na vijf jaar vernieuwd*, TMA 2007/4, p. 91-93 [par. 3.4.1, 3.4.2]
- E. Warren en J.L. Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors*, Gaithersburg/New York: Aspen Law & Business, Fourth Edition, 2001, p. 754-770 [par. 9.4.4, 9.4.5]
- P. Weinberg, *Federal-State Relationships*, in: M.B. Gerrard (general ed.), *Environmental Law Practice Guide*, Newark/San Francisco: LexisNexis/Matthew Bender, Volume 6, 2006, p. 41-3, 41-4, 41-14 en 41-19 – 41-22, 41-26 – 41-28 [par. 4.3]
- B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring*, serie Polak-Wessels Insolventierecht, Deel IV, Deventer: Kluwer, 2001, p. 7, 47-55, 96, 133, 146-162 [par. 9.3, 9.3.1, 9.3.3, 9.4.5]
- B. Wessels, *Overname-onderhandelingen*, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Serie Praktijkhandleidingen, Bedrijfsovername*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 1-24
- R.T. Weston en C.P. Wilson, *Overall Structure of the Transaction*, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 6-4, 6-5, 6-7, 6-8, 6-9, 6-20, 6-22 [par. 7.1, 7.3.1, 7.3.3, 7.3.4]
- R.T. Weston en C.P. Wilson, *Negotiating Transactional Agreements*, in: M.B. Gerrard (Gen. Ed.), *Environmental Law Practice Guide: State and Federal Law*, Volume 5, New York: Lexis Nexis/Matthew Bender, 2006, p. 7-18 [par. 7.2.4]
- Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Vermande 9-2000/aanvulling 84, toelichting bij artikel 43 lid 1 en 2 Wbb, B-2.4, p. 47 [par. 2.2.2]
- Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Vermande 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, B-2.7, p. 42-43
- Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Vermande 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, B-2.7, p. 54/2 en 54/3
- Wet Bodembescherming, Artikelsgewijze toelichting*, Vermande 11-2000/aanvulling 85, toelichting bij artikel 75 lid 3 Wbb, B-2.7, p. 54/13 en 54/14

- J.B. Wezeman, *aansprakelijkheid van bestuurders* (diss.), Universiteit Utrecht, Deventer: Kluwer, 1998, p. 103-126 [par. 8.3]
- B.F. Whitman, *Superfund law and practice, A handbook on the Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act and Cleanup Laws of New Jersey*, Philadelphia: American Law Institute-American Bar Association, Committee on continuing professional education, 1991, p. 263-274 [par. 4.4.1.1, 4.4.1.2, 4.10.1]
- T. van Wijngaarden, *Verwerking van emissierechten in de jaarrekening, Ondernemingsrecht* 2006/16, p. 573-576 [par. 6.3.1]
- C.J. van der Wilt, *Het saneringsbevel in de Wet bodembescherming* (diss.), Universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samsom, 2000, p. 167-187 [par. 3.3.4, 3.3.6, 8.2.3]
- J.W. Winter, *Doorstart, waarheen? TVVS* 1997, nr. 97/7, *Doorstart* (themanummer), p. 208-214
- M.H. Wissink, *De emancipatie van artikel 6:212 BW, Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking*, in: W.H. Van Boom en M.H. Wissink, *Preadvies 2002 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Kluwer, 2002, p. 21-26 [par. 3.4.4.2]
- H.E. Woldendorp en P.C.M. Heinen, *Het begrip inrichting in de Wet milieubeheer, Een analyse van de jurisprudentie, BR* 1999/5, p. 375-389 [par. 2.2.1, 2.2.2]
- H.E. Woldendorp, *Commentaar Wet Milieubeheer*, 's-Gravenhage: Elsevier bedrijfsinformatie BV, september 2000, Band 1, p. B 2 1.1-4a, B 2 1.1-4b en B 2 1.1-4c [par. 2.2.1]
- D.F.M.M. Zaman en H. ten Voorde, *Juridische splitsing als instrument voor structuurwijziging, Dossier* nr. 40, maart 2000, *Structuurwijziging*, p. 36-42
- C.J. van Zeben, *Compendium bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, achtste druk, 1995, p. 457-458 [par. 9.4.3]

# Jurisprudentieregister

De nummers verwijzen naar de paragraafnummers.

## Nederlandse jurisprudentie

### *KB*

25 november 1959, (nr. 25) AB 1960, 219 | 2.2.1

### *Afdeling Geschillen van de Raad van State (Voorzitter)*

24 februari 1984, AB 1984, 480 (Booy Clean) m.nt. FO | 8.2.1

26 april 1989, M&R 1990/2, nr. 20 | 2.2.1, 2.3

20 juli 1989, M&R 1990/6, nr. 38, m.nt. Nijhof | 2.2.1

9 augustus 1991, M&R 1993/1, nr. 6 | 2.2.1

24 december 1993, (Vz.) AB 1994, 618 | 2.2.1

4 juni 1993, M&R 1994/12, nr. 117 | 2.2.1

### *Afdeling Bestuursrechtzaken van de Raad van State (Voorzitter)*

25 juli 1994, M&R 1995/2, nr. 26 | 2.2.1

22 maart 1995, AB 1995, 538, m.nt. FM | 8.2.1

28 maart 1995, AB 1995, 528 | 8.2.1

20 juli 1996, BR 1997, p. 49 | 2.3

19 augustus 1996, AB 1997, 14, m.nt. PvB (Kusters/Gemeente Susteren) | 3.5.3

20 augustus 1996, BR 1996, p. 915 en M&R 1997/2, nr. 23 | 2.2.4

18 november 1996, (Vz.) AB 1997, 316 en M&R 1997/6, nr. 66, m.nt. R. Uylenburg | 8.2.1

19 november 1996, (Vz.) M&R 1997/6, nr. 67, m.nt. R. Uylenburg | 8.2.1

27 november 1996, (Vz.) M&R 1997/6, nr. 68, m.nt. R. Uylenburg | 8.2.1

21 maart 1997, BR 1997, p. 583 (Fina/Gemeente Susteren) | 3.5.3

28 april 1997, AB 1999, 43, m.nt. C.L. Knijff | 2.6

26 juni 1997, nrs. F03.97.0231 en F03.97.0409 | 2.2.1

11 juli 1997, AB 1998, 268, m.nt. G.T.J.M. Jurgens en M & R 1997/12, nr. 130, m.nt. P.C. Cup en JOR 1997, 105, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en (Alvat) | 2.2.4, 9.3.1, 9.3.2

21 juli 1997, JM 1997, 62, m.nt. Zigenhorn | 2.2.1

19 maart 1998, M&R 1998/9, nr. 83 | 2.2.1

25 juni 1998, AB 1999, 44, m.nt. C.L. Knijff onder en AB 1999, 45 | 2.3

31 juli 1998, (Vz.) AB 1999, 45, m.nt. C.L. Knijff (Givaudan) | 2.3, 2.6, 8.2.1

24 december 1998, AB 2000, 238, m.nt. Knijff onder AB 2000, 241 | 3.5.3, 8.2.1

28 december 1999, M&R 2000/4, nr. 36 en AB 2000, 107 (Het Jacht) | 2.2.1

- 9 april 1999, JM 1999, 93 | 2.3  
10 augustus 1999, | JM 1999, 131, m.nt. Zigenhorn | 2.3  
7 oktober 1999, (Vz.) JM 1999, 156, m.nt. Zigenhorn | 2.2.1  
28 december 1999, M&R 2000/4, nr. 36 en AB 2000, 107, m.nt. FM | 2.2.1  
13 april 2000, (Vz.) AB 2000, 241, m.nt. C.L. Knijff | 2.1  
20 juni 2000, AB 2000, 384, m.nt. C.L. Knijff | 2.1.2, 2.4.1  
30 juni 2000, (Vz.) AB 2000, 401, m.nt. Knijff (BP) | 3.5.3  
8 augustus 2000, M&R 2001/1, nr. 6 | 2.2.2  
27 maart 2001, AB 2002, 101, m.nt. A.B. Blomberg (Faillissement Teka) | 8.1  
27 maart 2001, AB 2002, 102, m.nt. ABB en (Kuppens) | 8.1, 8.2.1  
8 juni 2001, AB 2001, 217, m.nt. AvH | 8.4  
22 augustus 2001, AB 2002, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam | 2.2.1, 2.2.2, 2.3  
17 december 2001, (Vz.) AB 2002, 115 | 8.2.1  
19 december 2001, JM 2002, 54 | 2.2.1  
20 maart 2002, AB 2003, 131 | 2.4.2  
22 mei 2002, AB 2002, 368 | 8.2.1  
17 juli 2002, (Vz.) AB 2003, 78, m.nt. F.R. Vermeer (Stichting Patio/Gemeente Naarden) | 8.2.1  
24 juli 2002, AB 2003, 7, m.nt. V.M.Y. van 't Lam | 2.1  
28 augustus 2002, JM 2002, 107, m.nt. Zigenhorn | 2.2.1  
24 december 2002, AB 2003, 88, m.nt. V.M.Y. van 't Lam | 2.2.1, 2.2.2, 2.4.3  
29 januari 2003, JM 2003, 73, m.nt. Zigenhorn | 2.2.1, 2.3  
25 juni 2003, 2003, 358, m.nt. AvH | 6.2.2  
3 september 2003, AB 2003, 388, m.nt. FM | 6.2.2  
22 december 2003, JM 2004, 28, m.nt. Zigenhorn | 8.2.1, 9.4.5  
24 december 2003, AB 2004, 238 | 2.4.2  
18 februari 2004, AB 2004, 237 m.nt. C.L. Knijff onder AB 2004, | 2.1, 238  
14 juli 2004, AB 2004, 331, m.nt. FM | 2.3, 8.2.1  
21 juli 2004, AB 2005, 72 | 2.2.1  
8 december 2004, AB 2005, 44, m.nt. FM | 6.2.2, 8.2.1  
13 april 2005, AB 2005, 223 | 9.4.2  
27 april 2005, AB 2005, 312 | 9.4.2  
6 juli 2005, Zaaknr. 200406882/1 | 2.2.4, 9.3.1, 9.3.2  
29 juni 2005, AB 2005, 313, m.nt. J.R.C. Tieman | 9.4.2  
10 augustus 2005, Zaaknr. 200406867/1 (Desmepol) | 8.2.1  
28 september 2005, JB 2005, 322, m.nt. C.L.G.F.H.A. | 8.2.1  
16 november 2005, LJN: AU6219, zaaknr. 200500891/1 | 2.3, 2.4.2  
18 januari 2006, JM 2006, 58, m.nt. Van der Molen | 7.4  
1 februari 2006, AB 2006, 297, m.nt. C.L. Knijff | 2.2.1, 2.3  
26 april 2006, AB 2006, 298, m.nt. C.L. Knijff en JM 2006, 67, m.nt. Zigenhorn | 2.3, 2.8.2  
11 juli 2006, (Vz.) Zaaknr. 200604151/1 | 8.4  
21 februari 2007, Zaaknr. 200605807/1 | 8.2.1, 8.4, 8.6.2  
9 mei 2007, Zaaknr. 200604496/1, m.nt. R. Mellenbergh en *TvI* 2007, 34, p. 175-178 (Thielen/Gemeente Maasdriel) | 2.2.4, 4.4.2.5, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.2.5, 9.4.5  
30 mei 2007, JM 2007, 94, m.nt. Zigenhorn | 2.2.1

17 oktober 2007, StAB 1/2008 | 2.3  
 30 januari 2008, Zaaknr. 200702980/1 | 8.2.1  
 14 maart 2008, (Vz.) Zaaknr. 200800666/1 (Gulf Demarol) | 8.2.1  
 23 april 2008, Zaaknr. 200705740/1 (Rumeta BV) | 8.4

*Hoge Raad*

3 juni 1954, NJ 1954, 380 | 2.1  
 15 februari 1984, BNB 1984, 171 | 2.1  
 2 november 1984, NJ 1985, 446, m.nt. Ma (Blok/De Haan) | 8.3.2  
 23 september 1988, NJ 1989, 743, m.nt. JHN en m.nt. JCS | 6.1  
 9 februari 1990, NJ 1991, 462, m.nt. CJHB (Staat/Van Amersfoort) | 3.2, 3.4.1  
 28 september 1990, NJ 1991, 305, m.nt. PvS | 9.4.5  
 9 oktober 1992, NJ 1994, nrs. 286-289, m.nt. CJHB (Maassluis-arresten) | 7.2.2  
 24 april 1992, NJ 1993, 643 | 3.2 (Van Wijngaarde/Staat) | 3.4.1  
 24 april 1992, NJ 1993, 644, m.nt. CJHB | 3.2 (Staat/Akzo Resins) | 3.4.1  
 19 februari 1993, NJ 1994, 290, m.nt. CJHB (Gemeente Groningen/Erven Zuidema) | 7.2.2  
 29 maart 1993, NJ 1994, 172, m.nt. PvS (Vermobo/Van Rijswijk) | 3.4.4.2  
 3 september 1993, NJ 1993, 690 | 9.4.3  
 17 september 1993, NJ 1993, 740 (Reimes/Constandse) | 3.4.4.2  
 10 juni 1994, NJ 1994, 766, m.nt. Ma (Romme/Bakker) | 8.3.2  
 30 september 1994, NJ 1996, 196, m.nt. CJHB (Staat/Shell) | 3.2, 3.4.1  
 30 september 1994, NJ 1996, 197, m.nt. CJHB | 3.2 en (Staat/Duphar) | 3.2, 3.4.1  
 30 september 1994, NJ 1996, 198, m.nt. CJHB (Staat/Fasson & Van den Brink) | 3.2, 3.4.1  
 30 september 1994, NJ 1996, 199, m.nt. CJHB (Van den Brink/Staat) | 3.2, 3.4.1  
 14 oktober 1994, NJ 1995, 720, m.nt. MS (August/de Meijer) | 3.4.4.2  
 2 december 1994, NJ 1995, 272 (Hack/Jansen) | 9.3.3  
 23 december 1994, NJ 1996, 628 | 9.3.1  
 24 februari 1995, NJ 1996, 472, m.nt. WMK (Gerritse q.q./Onvanger; Sigmacon II) | 9.3.1  
 24 mei 1995, NJ 1996, 744, m.nt. MB (De jager/Staat) | 7.5.2, 7.8.2  
 9 juni 1995, 1996, 213 | 8.3.3  
 16 juni 1995, NJ 1996, 214, m.nt. Ma | 8.3.3  
 30 juni 1995, NJ 1996, 554, m.nt. SCJJK | 9.4.5  
 3 november 1995, NJ 1996, 215, m.nt. Ma (Roco BV) | 3.4.1  
 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne) | 7.2.2  
 19 april 1996, NJ 1996, 727, m.nt. WMK (Maclou/Prouvost) | 9.3.1  
 28 juni 1996, NJ 1997, 58, m.nt. Ma (faillissement Bodam Jachtservice) | 8.3.2  
 22 november 1996, NJ 1997, 527, m.nt. WMK (Bloemendaalse olietank) | 7.2.2  
 10 januari 1997, NJ 1997, 360, m.nt. Ma (Staleman/Van de Ven) | 8.3.1  
 17 januari 1997, NJ 1997, 230 | 6.2.2  
 20 juni 1997, NJ 1999, 301, m.nt. WMK (Luidens/Aruba) | 9.4.1  
 27 juni 1997, NJ 1997, 719, m.nt. Jac. Hijma (Setz/Brunings) | 3.4.4.2  
 5 september 1997, NJ 1998, 437, m.nt. PvS (Ontvanger/Hamm) | 3.4.4.2  
 19 september 1997, NJ 1998, 256, m.nt. Ma | 8.3.3

- 14 november 1997, NJ 1997, 657, m.nt. WMK (Holvrieka/Brunink) | 7.2.2  
28 november 1997, NJ 1998, 658, m.nt. WMK (Gemeente Helmond, lekkende olie-tank) | 7.2.2  
28 november 1997, NJ 1998, 659 (Luycks) | 7.2.2  
10 april 1998, NJ 1998, 666, m.nt. WMK | 7.2.2  
2 oktober 1998, NJ 1999, 304, m.nt. WMK (Van der Helm/Bazuin) | 7.2.2  
8 januari 1999, NJ 1999, 318, m.nt. Ma (Pelco/Sturkenboom) | 8.3.2  
19 mei 1999, NJ 1999, 670 | 9.3.1  
19 mei 1999, NJ 1999, 671, m.nt. Ma | 3.1  
10 december 1999, NJ 2000, 6 (Moonen) | 8.3.1  
28 januari 2000, NJ 2000, 575, m.nt. WMK (Christiaanse/Van Dijk) | 7.2.2  
4 februari 2000, NJ 2000, 562, m.nt. JBMV (Mol/Meijer) | 7.2.2  
18 februari 2000, NJ 2000, 295, m.nt. Ma (Oosterhof) | 8.3.2  
11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uitert Onroerend Goed) | 7.2.2  
28 april 2000, NJ 2000, 690, m.nt. ARB (Gemeente Dordrecht/Stokvast) | 3.4.2  
16 juni 2000, NJ 2001, 559, m.nt. JH (L.E. Beheer/Stijnman) | 7.2.2  
30 juni 2000, NJ 2000, 586, m.nt. PAS (Gemeente Nuth/Akkermans) | 7.6.2  
30 juni 2000, NJ 2000, 675 (Van der Hoek/Stedehouder) | 7.2.2  
13 oktober 2000, NJ 2000, 698, m.nt. Ma (Rainbow) | 8.3.3  
1 december 2000, NJ 2003, 370, m.nt. WMK | 3.5.3  
19 januari 2001, AB 2002, 382, m.nt. PvB (O. B.V./ De Provincie Fryslan) | 8.2.1, 8.4  
20 april 2001, NJ 2001, 561, m.nt. CJHB | 3.4.1  
21 december 2001, NJ 2005, 96, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (Sobi/Hurks) | 8.3.4  
18 januari 2002, NJ 2002, 106 (Ruinemans BV) | 7.2.2  
15 maart 2002, NJ 2004, 126, m.nt. WMK (Staat/Daams) | 3.4.2, 3.4.4.1  
14 juni 2002, NJ 2004, 127 (Boarnsterhim/Heideveld c.s.) | 7.2.2  
21 juni 2002, NJ 2004, 128, m.nt. WMK (Van den Akker/Gemeente Helmond) | 7.2.2, 7.2.4  
13 september 2002, NJ 2003, 400, m.nt. WMK (Staat/Geveke) | 3.4.2, 7.4  
4 oktober 2002, JM 2003, 11, m.nt. Bos | 3.4.4.2  
25 oktober 2002, NJ 2004, 211, m.nt. WMK | 3.4.1  
10 oktober 2003, LNJ: AI0306 (Dutch Paint) | 7.2.2  
7 november 2003, NJ 2004, 292, m.nt. CJHB, AB 2004, 41, m.nt. GAvdV | 6.2.2  
5 maart 2004, NJ 2004, 316, m.nt. PAS | 3.3.7  
9 april 2004, AB 2004, 328, m.nt. PvB | 2.1.2  
4 maart 2005, NJ 2005, 445, m.nt. CJHB (Esso) | 7.3.2  
25 maart 2005, NJ 2005, 413, m.nt. CJHB, JM 2005, 60, m.nt. Bos | 3.4.2  
14 oktober 2005, NJ 2005, 539 | 8.3.1  
16 september 2005, RvdW 2005, 101 | 9.3.1  
24 maart 2006, NJ 2007, 377, m.nt. C.J.H. Brunner (Plameco) | 3.4.1, 7.2.2  
21 april 2006, JM 2006, 68, m.nt. Bos | 7.2.2  
2 juni 2006, JM 2006, 138, m.nt. Bos | 7.2.2  
3 november 2006, NJ 2007, 155, m.nt. P. van Schilfgaarde | 3.3.7, 3.4.2  
24 november 2006, JM 2007, 81, m.nt. Bos | 3.4.1  
23 november 2007, LNJ: BB3733, zaaknr. C05/323HR | 7.2.2  
20 juni 2008, NJ 2008, 355 (PontMeyer/Archon) | 7.2.2

*Gerechtshoven*

Den Haag

27 juni 1984, NJ 1985, 725 | 6.3

Den Bosch

20 mei 1992, NJ 1993, 89 | 7.2.4

Leeuwarden

24 januari 1996, TMA 1996/4, p. 88-90 (J. Greidanus) | 8.3.2

24 januari 1996, TMA 1996/4, p. 90-92 (Greidanus B.V.) | 8.3.2

Arnhem

29 oktober 1996, NJ 2000, 165 | 8.3.2

Den Bosch

10 februari 1999, NJ 2000, 336 | 3.4.1

Leeuwarden

2 oktober 2002, NJ 2003, 276 | 7.2.2

Arnhem

26 november 2002, NJ 2003, 513 | 9.3.1

Leeuwarden

22 oktober 2003, LJN: AM2915, rolnummer 9900384 | 3.4.1

Arnhem

9 december 2003, TMA 2004/2, p. 50-57, m.nt. en M.W.L. Simons-Vinckx en JM 2004, 19, m.nt. Bos | 3.4.2, 3.4.4.1, 7.4

Leeuwarden

10 december 2003, JM 2004, 17, m.nt. Bos (Eimers/Staat) en TMA 2004/2, p. 59, m.nt. M.W.L. Simons- en Vinckx | 3.4.2, 3.4.4.1, 3.4.4.3

17 december 2003, TMA 2004/4, p. 133-139 (Staat/Dekker) | 3.4.2

Den Haag

4 maart 2004, NJ 2005, 557 | 3.4.1

Arnhem

2 november 2004, NJ 2006, 387 | 7.2.2

Den Bosch

22 februari 2005, JM 2006, 35, m.nt. Bos | 7.6.2

Arnhem

18 juli 2006, LJN: AY5662, zaaknr. 2005/154 | 7.2.2



Leeuwarden

21 maart 2007, JM 2007, 98, m.nt. Bos | 7.2.2

Den Bosch

8 mei 2007, LJN: BA6809, zaaknr. C0601021 | 7.5.1

*Rechtbanken (President)*

Den Haag

1 februari 1985 NJ 1986, 635 | 6.2.2

Utrecht

23 oktober 1985, NJ 1986, 355 | 9.4.5

Rotterdam

18 december 1992, BR 1993/8, p. 606 | 3.4.4.2

Utrecht

22 september 1993, BR 1994, 131 | 7.5.2

Den Haag

27 oktober 1993, M&R 1995/1, nr. 9, p. 17 | 7.5.2

Haarlem

5 september 1995, WR 1995, 110 | 7.6.2

Utrecht

17 oktober 1995, KG 1996, 6 (Jachtschietclub) (Pres.) | 7.6.2

Utrecht

23 april 1997, JOR 1997, 92 (Heijmerink/Kaufman) | 7.2.2

Rotterdam

17 september 1998, JOR 1999, 4 (Van der Wiel/De Vries) | 7.2.2

Rotterdam

19 november 1998, JOR 1999, 31 (Van der Vorst/Sisterman | 7.2.2

Zutphen

24 december 1998, JOR 1999, 33, m.nt. Ch.R. Huiskes (Eecen/Stratex) | 7.2.2

Utrecht

30 januari 2002, NJ 2002, 179 | 3.4.1

Maastricht

17 december 2003, LJN: AO1063, zaaknr. 77837/HA ZA 02-838 | 5.2.1

Middelburg

31 juli 2002, NJ 2003, 13 | 9.3.1

Zwolle

19 april 2006, LJN: AX2223, zaaknr. 105233/HA ZA 05-114 | 7.2.2

Zutphen

26 april 2006, LJN: AX9254, zaaknr. 55758/HA ZA 03-845 en 57815/HA ZA 03-1171  
| 3.4.1

Arnhem

31 mei 2006, JM 2006, 137, m.nt. Bos | 7.2.2

Groningen

14 februari 2007 LJN: BA7218, zaaknr. 81127/ HA ZA 05-698 | 7.2.2

Leeuwarden

14 maart 2007, TMA 2007/3, p. 74-77 | 3.4.1

Rotterdam

28 maart 2007, TMA 2007/3, p. 77-80 | 6.2.3

Haarlem

5 december 2007, LJN: BC7783, zaaknr. 133752/HA ZA 07-393 | 7.2.2

Zutphen

12 december 2007, LJN: BC0187, zaaknr. 82694/HA ZA 06-1522 | 7.2.2

Utrecht (voorzieningenrechter)

22 januari 2008, LJN: BC3335, zaaknr. SBR 07/330 | 8.2.1

Den Bosch

7 mei 2008, LJN: BD1967, zaaknr. 160547/HA ZA 07-1217 | 8.4

*CBB*

5 april 2005, *LJN* 4977 | 8.2.1

*Europese jurisprudentie (Europese Hof)*

7 september 2004, Zaak C-1/03, Celex nummer 603C0001 (Texaco) | 3.5.3

**Jurisprudentie België (Vlaams Bodemdecreet)***Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak*

7 februari 2008, Arrest nr. 179.345, zaaknr. A. 109.542/VII-24.379 | 4.9.2

6 maart 2008, Arrest nr. 180.546, zaaknr. A. 144.260/VII-31.089 | 4.9.2

15 juli 2008, Arrest nr. 185.404, zaaknr. A. 113.283/VII-25.123 | 4.9.2

**Jurisprudentie Verenigde Staten***Midlantic Nat'l Bank v. New Jersey Dep't of Env'tl. Protection*

474 U.S. 494, 106 S. Ct. 755, 88 L. Ed. 2d 859, 13 B.C.D. 1262, 1986 | 9.4.4

*Cooper Development Company, Inc. v. First National Bank of Boston* 762 F. Supp.  
1145 (D.N.J. 1991) | 4.4.2.2*U.S. v. Carolina Transformer Co.*, 978 F.2d 832, C.A.4 (N.C.), 1992, | 8.5.5*G&S Investors Frelinghuysen Avenue, Inc. v. Aristocrat Leather Products, Inc.* 607  
A.2d 682 (N.J. Super. Ct. 1992) | 4.4.2.2*U.S. v. Bestfoods*, 524 U.S. 51, 118 S. Ct. 1876, 1998 | 8.5.3, 8.5.4*Feighner v. Sauter*, 259 N.J. Super. 583 | 4.4.1.1, 4.4.1.2

## Register Kamerstukken

Tussen vierkante haakjes staan de paragrafen waarin naar de desbetreffende kamerstukken wordt verwezen.

*Kamerstukken II*, 32, 8 december 2004, Bodemsaneringen, p. 32-2137 tot en met p. 32-2140 en *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2004-2005, 29 462, D, Wijziging van de Wet bodembescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, p. 8

[par. 1.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 6-14 ('*Saneringgarantie bij grondtransacties*')

[par. 1.3, 3.3.2.2, 4.1, 4.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 087, nr. 6, p. 41, *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 087, nr. 12, p. 19-20

[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 087, nr. 6, p. 41-42. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21087, nr. 13, p. 23

[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 087, nr. 36, Amendement van Tweede Kamerleden Esselink en Van der Vaart

[par. 2.2.1]

*Tweede Kamer WABM/VAR*, 18 juni 1991, TK 93, 93-5337

[par. 2.2.1]

*Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, p. TK 98, 98-573198-5732

[par. 2.2.1]

*Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, TK 98, 98-5749

[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 3, Memorie van Toelichting

[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 2

[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 844, nr. 3, p. 92  
[par. 2.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1990-1991, 21 987, nr. 36  
[par. 2.2.2]

*Tweede Kamer WABM/VAR*, 26 juni 1991, TK 98, p. 98-5731, rechter kolom  
[par. 2.2.2]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A  
[par. 2.2.3]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodem-  
bescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid  
inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 5-6, 9  
[par. 3.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, ‘Interdepartementaal beleids-  
onderzoek: bodemsanering’  
[par. 3.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 28 199, nrs. 1 e.v.  
[par. 3.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodem-  
bescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid  
inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 9, 13, 41-42  
[par. 3.3.1, 3.3.2.1, 3.3.2.2]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2005-2006, 29 462, F, ‘Wijziging van de Wet bodembe-  
scherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid inzake  
bodemsaneringen, Nadere Memorie van Antwoord’, p. 6-7  
[par. 3.3.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘Wijziging van de Wet bodem-  
bescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid  
inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting’, p. 14, 20, 41  
[par. 3.3.2.1]

*Kamerstukken II*, 32, 8 december 2004, ‘Bodemsaneringen’, p. 32-2140  
[par. 3.3.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, ‘Interdepartementaal beleids-  
onderzoek: bodemsanering’, p. 10  
[par. 3.3.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3 tot en met *Kamerstukken I*, vergaderjaar 1993-1994, 21 556, nr. 9b  
[par. 3.4.1]

Zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1989-1990, 21 556, nr. 3, p. 47-48, 58  
[par. 3.3.4, 3.4.2, 7.4, 7.5.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 5, p. 30, 60, 95  
[par. 3.3.3, 3.3.4, 3.3.8, 3.4.1, 8.2.3]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 1993-1994, 21 556, nr. 9b, p. 2  
[par. 3.4.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 12, p. 30-13,  
[par. 3.4.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 14, p. 37, 51, 55-62, 65-66  
[par. 3.3.4, 3.4.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 21 556, nr. 17, p. 37  
[par. 3.3.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 21, p. 32, 34  
[par. 7.4, 7.6.1]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 226b, p. 22-26  
[par. 3.3.4, 3.3.8, 8.2.3]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 1992-1993, 21 556, nr. 266d, p. 4, 8-9  
[par. 3.3.4, 3.4.1, 8.2.3]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 15  
[par. 3.3.4]

Verslag van de Vaste Commissie voor het milieubeheer, Wet bodembescherming, d.d.  
18 maart 1993, *Handelingen TK*, vergaderjaar 1992-1993, UCV, p. 19-18 en p. 19-  
19  
[par. 3.3.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 40  
[par. 3.3.6]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1988-1989, 21 200, nr. 3, 'Memorie van Toelichting,  
*Aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 Nieuw BW met regels betreffende de aanspra-*

*kelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht water of bodem*', p. 14, 15 en 27 :

[par. 3.4.1]

Brief van de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 22 727, nr. 11, 8 juni 1994

[par. 3.4.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994-1995, 22 727, nr. 12, p. 5, 7-8

[par. 3.4.2, 3.4.4, 3.4.4.3, 4.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1982-1983, 16 821, nr. 24, p. 5

[par. 3.4.4.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, p. 20

[par. 3.4.4.3]

*Kamerstukken II*, 21501-08, nr. 268, vergaderjaar 2007-2008, Brief van de minister van VROM

[par. 3.5.1]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A

[par. 3.5.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1996-1997, 25 411, nr. 1, '*Interdepartementaal beleids-onderzoek; bodemsanering*', p. 17

[par. 4.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 694, nr. 1, '*Integratie waterwetgeving*'

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2004-2005, 29 694, nr. 2, 'Verslag van een algemeen overleg'

[par. 6.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, '*Wijziging van de Wet bodem-bescherming en enkele andere wetten in verband met de wijzigingen in het beleid inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting*', p. 13

[par. 5.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 3, p. 72-74

[par. 6.3.2, 6.3.4.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 4, p. 26

[par. 6.3.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 565, nr. 7, p. 27  
[par. 6.3.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 462, nr. 3, ‘*Wijziging van de Wet bodem-  
bescherming en enkele andere wetten in verband met wijzigingen in het beleid  
inzake bodemsaneringen, Memorie van Toelichting*’, p. 13  
[par. 7.5]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 22 (punt 1)  
[par. 7.6.4]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1997-1998, 26 089, nr. 3, p. 14, 20  
[par. 7.6.5]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1999-2000, 26 089, nr. 6, p. 13 e.v.  
[par. 7.6.5]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2001-2002, 26 089, nr. 162, p. 11-12, 14  
[par. 7.6.2, 7.6.5]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, ‘*Memorie van Toelichting bij  
de invoering van de Vierde Tranche Awb*’, p. 78-81  
[par. 8.2.1]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 29 702, A, ‘*Aanvulling van de Algemene wet  
bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht)*’, p. 9.  
[par. 8.2.1]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 920, A  
[par. 8.2.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 920, nr. 3, ‘*Memorie van  
Toelichting*’, p. 28-29  
[par. 8.2.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2003-2004, 29 702, nr. 3, ‘*Memorie van  
Toelichting bij de Vierde Tranche van de Awb*’, p. 78-79  
[par. 8.2.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2006-2007, 30 920, nr. 3, *Memorie van  
Toelichting*, p. 28-29  
[par. 8.2.2]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1991-1992, 22 727, nr. 1, p. 15  
[par. 8.2.3]



*Kamerstukken II*, vergaderjaar 1993-1994, 22 727, nr. 11, p. 6 (de ‘Notitie’)  
[par. 8.5.7]

*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2001-2002, 24 036, nr. 238 p. 1-2, 6  
[par. 9.2.1, 9.2.3]

Wetsvoorstel ‘*Wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen  
van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement*’, 27 244  
[par. 9.2.1]

*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2007-2008, 30 844, A, p. 24  
[par. 9.4.2]

## Trefwoordenregister

### A

Aandeelhouder | 2.6, 8.3.4, 8.6.2, 11.7  
Aandelentransactie | 2.6, 3.3.5, 7.3.1  
Activa/passivatransactie | 2.4.2, 3.3.6, 7.3.2, 7.6.3  
Amerikaans faillissementsrecht | 9.4.4, 9.5.4, 11.8  
Asbest | 4.7.1, 5.7

### B

Bankgarantie | 9.4.3  
Bedrijfsovername | 1.1, 3.3.2.2, 6.2.3, 6.2.4  
Belanghebbende | 3.3.2.5  
Beleidsregel kostenverhaal | 3.4.2  
Beschrijving van het gehuurde | 7.6.2  
Bestuurder van een rechtspersoon | 8, 11.7  
Bestuurdersaansprakelijkheid (civiel-rechtelijk) | 8.3, 8.6.1  
Bestuursdwang | 8.2.1  
(Bodem)saneringsbevel | 3.3.4, 3.3.6, 3.3.7, 11.2  
Borgtocht | 9.4.3

### C

CERCLA | 8.2.2, 8.5, 8.6.3, 11.1, 11.7  
CO<sub>2</sub> | 6.3.2, 6.3.4.1  
Commanditaire Vennootschap (CV) | 8.2.1  
Contractuele garantie | 2.8.2, 7.2.2, 9.4.3  
Contractuele vrijwaring | 2.8.2, 7.2.2  
Curator (faillissement) | 9, 9.3, 9.3.1, 9.3.2, 9.3.3, 9.3.4, 9.4.5, 9.5.2, 10.3

### D

Diffuse verontreiniging | 6.2.1  
Drijver van de inrichting | 2.2.4, 2.6, 9.3.2, 9.3.4  
Dwaling | 7.2.2

### E

Economische eigendom | 3.3.7  
Emissiehandel | 6.1, 6.3, 6.3.1, 6.3.4, 11.5  
Erfpachtrecht | 2.8.4, 7.5  
Erfpachtvoorwaarden | 2.8.4, 7.5.2  
Europese Kaderrichtlijn Bodem | 3.5.1, 5.3.4, 11.2, 11.3  
Europese Richtlijn  
Milieuaansprakelijkheid | 2.2.3, 3.5.2, 6.2.2, 8.2.2  
Exploitant | 2.2.3, 8.2.2

### F

Faillissement | 4.4.2.5, 9, 11.8  
Faillissementsboedel | 9, 11.8  
Financial lease | 3.3.7  
Financiële zekerheidstelling | 9.4.2, 9.4.5  
Fonds | 9.4.3, 10.6

### G

Gebruiksrecht | 2.3, 3.4.2  
Gecertificeerde milieudeskundige | 5.3.7, 11.3

**H**

Huurovereenkomst | 2.3, 2.4.2, 2.8.3,  
3.4.2, 7.5.2, 7.6  
Hypotheekrecht | 9.4.3  
Hypotheekhouder | 3.4.2, 7.5.2

**I**

Inrichting (Wm) | 2.2.1, 2.2.2, 11.1  
Industrial Site Recovery Act (ISRA) |  
4.4, 5.3.5

**J**

Joint ventures | 7.3.4  
Juridische (af)splitsing | 2.3.4, 3.3.8,  
7.3.3, 7.6.3  
Juridische fusie | 2.5, 3.3.8, 7.3.3,  
7.6.3  
Juridische herstructurering | 7.3.5

**K**

Koopovereenkomst | 7, 9.3.3, 9.5.1  
Kredietverschaffer | 3.3.4, 3.4.2, 8.5.7,  
8.6.3, 9.4.4, 9.5.4, 11.1

**L**

Last onder dwangsom | 2.2.4, 8.2.1  
Licensed Environmental Professional  
(LEP) | 4.5.2., 5.2.2, 5.3.7, 10.2,  
11.3

**M**

Mededelingsplicht | 5.5, 7.2.2, 7.2.4,  
11.3  
Milieu due diligence onderzoek | 7.2,  
7.2.4

**N**

NOx | 6.3.3, 6.3.4.2  
Notitie ongerechtvaardigde verrijking |  
3.4.2

**O**

Onderzoeksplicht | 3.3.4, 7.2.2  
Onderzoeksbevel | 3.3.3

Ongerechtvaardigde verrijking | 3.4.2,  
3.4.3, 3.4.4, 3.4.4.2, 3.4.4.3, 7.3.3,  
7.4, 7.5.2

Onrechtmatige daad | 3.4.1, 3.4.3,  
3.4.4.2, 6.2.2

Ontbinding rechtspersoon | 3.3.2.4,  
7.3.6

Openbare vennootschap | 8.2.1

Operational lease | 3.3.7

Opstalrecht | 2.8.4, 7.7

Oppervlaktewaterverontreiniging | 6.1,  
6.2.2, 6.2.3, 7.5.3, 7.6.5, 7.7.3, 11.4

Overdracht | 3.3.2.3, 3.3.2.2

Overtreder(schap) | 8.2.1, 8.4, 10.3

**P**

Pandrecht | 9.4.3

Personenvennootschap | 8.2.1

**R**

Redelijkheid en billijkheid | 3.4.2,  
3.4.4.1, 7.2.2

Relativiteitsvereiste | 3.4.1

**S**

Saneringsplicht | 3.3.2.1

Subsidie | 3.3.2.6

Superlien | 9.4.4, 11.8

**T**

Transfer Act | 4.5, 5.3.6

Transfer triggered environmental act |  
4, 5, 7.2.3, 7.3.1, 10.1, 11.3

**V**

Vennoten | 8.2.1 |

Verantwoordelijkstelling van bestuur-  
ders | 8.2, 8.6.1, 10.3

Vergunningen | 6.4

Vereenzelviging van rechtspersoonlijk-  
heid | 8.2.2, 8.3.3

Verzekering | 9.4.3

Vruchtgebruik | 2.3, 2.8.4

**W**

Waterbodemsaneringsbevel | 3

Waterbodem | 3, 6.2.1

Wet bodembescherming (Wbb) | 3,  
8.2.3

Wet milieubeheer (Wm) | 2

Wetenschap van verontreiniging | 7.1,  
7.2.1

Wet verontreiniging oppervlaktewater  
(Wvo) | 6.4

Wettelijke bodemsaneringsplicht |  
3.3.2, 11.2

Wm-vergunning | 2.1.2

**Z**

Zeggenschap over de inrichting | 2.2.4,  
2.3, 8.2.1



## Wetsartikelenregister

Er wordt in dit register verwezen naar de paragrafen waarin het desbetreffende wetsartikel in de hoofdtekst of in een noot wordt vermeld.

### Nederlandse regelgeving

#### *Algemene wet bestuursrecht (Awb)*

1:2 Awb	3.3.2.5, 8.4
3:11 Awb	2.7
3:12 Awb	2.7
3:15 Awb	2.7
3:16 Awb	2.7
3:18 Awb	2.7
4:13 Awb	2.7
5:24 Awb	8.2.1
5:25 Awb	2.8.2, 8.2.1
5:32 Awb	8.2.1

#### *Astbestverwijderingsbesluit 2005*

2-5	5.6
-----	-----

#### *Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer*

2.10	9.4.2
2.11	3.3.1, 5.2.1, 5.3.1, 5.3.7
2.24	9.4.2
2.25	9.4.2
2.26	9.4.2
6.43	9.4.2

#### *Besluit bodemkwaliteit*

1	5.3.7
9	5.3.7
10	5.3.7
11	5.3.7
15	5.3.7
17	5.3.7

23	5.3.7
65	9.4.2

*Besluit financiële bepalingen bodemsanering*

11	3.3.2.5, 3.3.4, 3.3.6
12	3.3.2.6
17	3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.4, 5.2
18	3.3.2.2, 3.3.4, 3.3.8
19	3.3.2.1
38	3.3.2.5, 3.3.2.2, 9.4.2, 9.4.3

*Besluit financiële zekerheid milieubeheer*

3	2.7, 9.4.2
5	2.7, 9.4.2, 9.4.3
7	9.4.2
9	9.4.2
13	9.4.2

*Besluit opslaan in ondergrondse tanks 1998 (ingetrokken per 1 januari 2008)*

12, 13, 15, 22, 23 9.4.2

*Besluit tankstations milieubeheer (ingetrokken per 1 januari 2008)*

8	9.4.2
---	-------

*Besluit verplicht bodemonderzoek bedrijfsterreinen*

4	5.5
---	-----

*Burgerlijk Wetboek (BW)*

2:9 BW	8.3.2
2:11 BW	8.1
2:19 BW	3.3.2.4, 3.3.4, 3.6, 7.3.6
2:19 lid 1	9.2.1, 9.4.1
onder c BW	
2:23 BW	3.3.2.4, 7.3.6
2:23a BW	7.3.6
2:23b BW	3.3.2.4, 7.3.6
2:23c BW	3.3.2.4, 3.3.4, 7.3.6, 9.2.2
2:101 BW	8.3.4
2:132 BW	8.3.4
2:134 BW	8.3.4

2:138 BW	8.1, 8.3.2
2:210 BW	8.3.4
2:242 BW	8.3.4
2:244 BW	8.3.4
2:248 BW	8.1, 8.3.2
2:309 BW	2.5, 7.3.3, 7.6.3
2:316 BW	3.3.8, 3.6, 7.3.3, 7.6.3
2:334a BW	7.3.3, 7.6.3
2:334k BW	3.3.8, 7.3.3
2:334l BW	3.3.8, 3.6, 7.3.3, 7.6.3, 9.2.1
2:334t BW	6.2.4, 7.3.3, 9.2.1
3:6 BW	2.1.2, 6.3.2
3:10 BW	6.3.2
3:12 BW	7.2.2
3:16 BW	6.3.2, 9.4.3
3:21 BW	9.4.3
3:23-3:25 BW	7.2.4
3:44 BW	7.5.3, 9.3.3
3:45 BW	6.3.2, 7.3.2, 7.3.3
3:80 BW	3.3.2.2, 3.3.8, 6.3.2, 7.3.3, 7.6.3
3:83 BW	2.1.2, 3.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.6, 5.3.4, 7.3.1, 10.1, 11.2, 11.5
3:84 BW	6.3.2
3:86 BW	9.4.3
3:89 BW	6.3.2
3:94 BW	3.4.2
3:201 BW	2.3
3:207 BW	2.3, 2.8.4
3:217 BW	2.3
3:226 BW	2.3
3:227 BW	9.4.3
3:228 BW	7.5.1
3:236 BW	9.4.3
3:237 BW	9.4.3
3:271 BW	9.4.3
3:307 BW	2.4.2, 2.8.3, 7.8.1
3:310 BW	3.4.1
5:20 BW	6.2.2, 7.1, 7.5.1, 7.7.1, 7.7.3
5:24 BW	9.4.1
5:37 BW	7.1
5:40 BW	6.2.2
5:85 BW	2.3, 2.8.4, 7.5.1
5:89 BW	7.5.1, 7.7.1
5:91 BW	7.5.1, 7.5.3
5:93 BW	2.8.4, 7.5.1, 7.5.2
5:94 BW	7.5.1
5:96 BW	7.5, 7.5.2, 7.5.3



5:99 BW	7.5.2, 7.6.1
5:101 BW	2.8.4, 7.7.1
5:102 BW	2.8.4, 7.7.1, 7.7.2
5:103 BW	7.7.1
5:104 BW	7.7.1
5:106 e.v. BW	2.4.2
6:2 BW	7.2.2
6:74 BW	7.2.2, 9.3.3
6:75 BW	7.2.2
6:95 e.v. BW	7.6.5
6:155 e.v. BW	7.3.2
6:157 BW	7.6.3
6:159 BW	7.6.3
6:162 BW	3.1, 3.2, 3.4.1, 3.6, 5.2, 6.2.2, 6.2.3, 7.3.3, 8.3.2, 8.4, 10.3, 11.4
6:163 BW	3.3.1, 3.3.2.1, 3.4.1, 4.1, 5.2, 7.2.1
6:174 BW	7.7.1, 7.5.1
6:175 BW	6.2.2, 7.1
6:173-6:177 BW	3.4.1
6:203 BW	6.3.2
6:212 BW	3.1, 3.2, 3.4.2, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.4.2, 3.4.4.3, 3.6, 5.2, 7.2.1, 7.3.3, 7.5.2, 7.6.1
6:228 BW	7.2.2, 7.6.4
6:248 BW	7.2.2
6:258 BW	7.6.4
6:265 BW	7.6.4
7:6 BW	7.2.2
7:17 BW	3.3.4, 5.3.1, 7.2.2, 7.2.4
7:23 BW	7.2.2
7:47 BW	2.1.2
7:204 BW	7.6.2, 7.6.5
7:205 BW	7.6.2, 7.6.4
7:206 BW	7.6.4, 7.6.5
7:208 BW	7.6.2, 7.6.4, 7.6.5
7:209 BW	7.6.2
7:213 BW	2.3, 7.6.5
7:214 BW	2.3
7:217 BW	7.6.5
7:218 BW	7.6.5
7:220 BW	7.6.4
7:224 BW	7.6.2
7:226 BW	7.6.5
7:230 BW	7.6.2
7:230a BW	7.6.3, 7.6.5
7:290 e.v. BW	7.6.2, 7.6.3
7:307 BW	7.6.3, 7.6.5
7:311 BW	2.3

7:611 BW	8.3.1
7:800 BW	8.2.1
7:801 BW	8.2.1
7:809 BW	8.2.1
7:815 BW	8.2.1
7:836 BW	8.2.1
7:837 BW	8.2.1
7:850 BW	9.4.3
7:854 BW	9.4.3
7:855 BW	9.4.3
7:857 BW	9.4.3
7:858 BW	9.4.3
7:861 BW	9.4.3
7:862 BW	9.4.3
8:193 BW	9.4.3
8:783 BW	9.4.3
8:1213 BW	7.1
8:1302 BW	9.4.3
8:1673 BW	7.1

*Faillissementswet (Fw)*

23 Fw	2.2.4, 9.3.1, 9.4.5
24 Fw	9.4.1, 9.4.5
42 Fw	6.3.2, 7.3.2, 7.3.3
57 Fw	9.4.3, 9.5.4
63a-63c Fw	9.2.1
64 Fw	9.4.5
68 lid 1 Fw	9.3.1
69 Fw	9.3.3, 9.4.5
71 Fw	9.4.5
73 Fw	9.4.5
98 Fw	2.2.4, 9.4.5
173a-173c Fw	9.2.1, 9.3.2
180 Fw	9.4.5
195 Fw	9.2.2

*Grondwaterwet*

1	6.2.2
11	6.2.2
14	6.2.2, 6.4

*Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieubeheer (Ivb)*

5.1 Ivb	2.7
5.20 Ivb	2.1.2

*Interim Wet Bodemsanering (IBS, vervallen bij de invoering Wbb)*

12 IBS	3.2
21 IBS	3.2, 3.4.1, 3.4.4.1, 8.3.3

*Kadasterwet*

1	3.3.2.1
8	6.3.2

*Lozingenbesluit bodembescherming*

25	9.3.2
----	-------

*Mijnbouwwet*

46-48	9.4.2
-------	-------

*Pachtwet*

1	2.8.4
---	-------

*Stortbesluit bodembescherming*

12	9.4.2
----	-------

*Wet bodembescherming (Wbb)*

1	3.3.1
6-12 Wbb	6.2.2, 9.4.2
13 Wbb	3.2, 3.3.2.1, 3.3.3, 3.4.2, 3.4.4.3, 3.5.1, 3.5.2, 5.3.3, 6.2.2, 6.2.3, 7.7.2, 9.3.2, 9.4.1, 11.4
16 Wbb	9.4.2
28 Wbb	7.4
29 Wbb	3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 5.2.1, 5.2.2, 5.4, 5.5, 7.2.1, 7.2.4, 7.4, 7.5, 7.6.4, 11.2
30 Wbb	3.4.1, 7.2.4
37 Wbb	3.3.1, 3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.4.1, 5.2.1, 5.2.2, 5.4, 5.5, 7.2.1, 7.2.4, 7.4, 7.5, 7.6.4, 11.2
38 Wbb	3.3.1

43 Wbb	3.2, 3.3.3, 3.3.6, 3.4.2, 3.5.1, 5.2.2, 5.3.3, 7.2.2, 7.2.4, 7.5, 7.6.1, 7.6.3
44 Wbb	7.2.4
46 Wbb	3.1, 3.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6, 3.3.7, 3.3.8, 3.5.1, 3.5.2, 3.4.4.1, 3.6, 4.2, 4.9.2, 5.2, 5.2.1, 5.3.3, 7.2.1, 7.5, 7.5.2, 7.7.1, 7.8.1, 8.2.3, 8.5.2, 8.5.3, 10.1, slot (hst. 10), 11.2
48 Wbb	3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.1
49 Wbb	7.2.4
55 Wbb	3.3.6, 5.5, 7.2.4
55a Wbb	3.1, 3.2, 3.3.2.1, 3.4.2, 3.4.4.2, 3.4.4.3, 3.5.1, 3.5.2, 3.6, 5.3.4, 6.2.2, 7.2.1, 8.2.3, 9.4.3, 9.5.1, 11.2
55b Wbb	3.1, 3.2, 3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.3.2.4, 3.3.2.5, 3.3, 3.3.6, 3.3.7, 3.3.8, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.3.4.2, 3.3.4.3, 3.5.1, 3.5.2, 3.6, 4.1, 4.2, 4.4, 4.5.2, 4.9.1, 5.1, 5.2, 5.2.1, 5.3.1, 5.3.3, 5.5, 5.6, 6.2.2, 6.2.3, 7.2.1, 7.2.2, 7.2.4, 7.3.1, 7.3.2, 7.3.4, 7.3.5, 7.3.6, 7.4, 7.5, 7.5.2, 7.6.1, 7.7.1, 7.7.2, 7.8.1, 8.2.3, 8.3.3, 8.5.2, 8.5.3, 9.2.2, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.5.1, 10.1, slot (hst. 10), 11.2, 11.8
63a Wbb	6.2.1
63h Wbb	6.2.1
63k Wbb	3.1, 3.2, 3.3.3, 3.3.4, 3.3.5, 3.3.6, 3.3.7, 3.3.8, 3.5, 3.5.2, 3.6, 5.2, 5.2.1, 5.3.3, 6.1, 6.2.1, 7.2.1, 7.5, 7.5.2, 7.7.1, 7.8.1, 8.2.3, 8.5.2, 8.5.3, 11.2
75 Wbb	3.1, 3.2, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.4, 3.4.4.1, 3.4.4.2, 3.4.4.3, 3.4.4.4, 3.5.1, 3.5.2, 3.6, 4.1, 5.2, 5.2.1, 7.2.1, 7.3.3, 7.3.5, 7.4, 7.6.1, 7.6.3, 7.8.1, 8.5.7, 9.4.1, 10.1, 11.2
95 Wbb	3.3.2.1

*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*

552	9.4.3
995	7.3.3

*Wetboek van Koophandel*

16	8.2.1
19	8.2.1
21	8.2.1

*Wet economische delicten*

1a	2.3, 3.3.2.1
6	3.3.8

*Wet milieubeheer (Wm)*

1.1 Wm	2.1.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.3, 2.7, 8.2.1, 8.2.2, 9.3.2, 11.1
1.1a Wm	6.2.2, 6.2.3, 8.2.1, 8.4, 11.4
8.1 Wm	2.1.2, 2.2.1
8.4 Wm	2.4.2, 6.3.4.2
8.6 Wm	2.7
8.11 Wm	1.1, 2.7, 8.2.1
8.15 Wm	2.7, 9.4.2, 9.4.3
8.19 Wm	2.5
8.20 Wm	2.1.1, 2.1.2, 2.2.4, 2.3, 2.4.4, 5.6, 6.4, 8.2.2, 9.3.2
8.23 Wm	2.1.2
8.22-8.26 Wm	6.4
8.24 Wm	2.4.2, 2.7, 2.9, 11.1
8.26 Wm	2.1.2, 2.4.2, 2.7, 2.9, 11.1
8.40 Wm	2.1.1, 2.1.2, 8.2.1
8.41 Wm	2.1.2
8.42a Wm	2.1.1
8.42b Wm	2.1.1
10.1 Wm	6.2.2
16.2 Wm	6.3.1
16.5 Wm	6.3.1, 6.3.4.1, 6.3.4.2, 6.4
16.10 Wm	6.3.4.1, 6.3.4.2, 6.4
16.11 Wm	2.2.3
16.12 Wm	6.3.2, 6.4
16.14 Wm	6.3.2
16.19 Wm	6.4
16.40 Wm	6.3.2, 6.3.4.1
16.41 Wm	6.3.2, 6.3.3, 6.3.4.1
16.42 Wm	6.3.2, 6.3.3, 6.3.4.1
16.49 Wm	6.3.1, 6.3.3, 6.3.4.2, 6.4
16.50 Wm	6.3.1, 6.3.3
16.56 Wm	6.3.3, 6.3.4.2
16.57 Wm	6.3.3

*Wet op de waterhuishouding (Wwh)*

1 Wwh	6.2.2
12 Wwh	6.2.2

*Wet verontreiniging oppervlaktewater (Wvo)*

7 Wvo	6.4
7a Wvo	6.4
31a Wvo	6.4

*Wetboek van Strafvordering*

573	3.6, 3.3.8
575	3.3.8

*Wrakkenwet*

10	3.4.4.2
----	---------

**Europese regelgeving***IPPC richtlijn*

1	2.2.3
2	2.2.3, 8.2.2

*Voorstel voor een Europese Kaderrichtlijn Bodem*

12	3.3.2.2, 3.5.1, 3.6, 4.7, 5.2.2, 5.3.1, 5.3.4, 5.3.7, 5.4
13	3.5.1

*EVOA*

6	9.4.2
---	-------

*Richtlijn betreffende de handel in broeikasgasemissierechten*

3	2.2.3, 8.2.2
---	--------------

*Richtlijn 2000/76/EG van 4 december 2000 betreffende de verbranding van afval*

3	8.2.2
---	-------

*Richtlijn Milieu aansprakelijkheid*

2	2.2.3, 6.2.2, 8.2.2
5	2.2.3
6	2.2.3
8	8.2.2
14	9.4.2

**Amerikaanse regelgeving***ISRA (New Jersey)*

N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-8	4.4.2.2, 7.6.1
N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-9(e)	4.4.2.3
N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.5	4.4.2.4
N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.7	4.4.2.4
N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-11.8	4.4.2.4
N.J. Stat. Ann. Par. 13:1K-12	4.4.2.5, 9.4.4
N.J. Stat. Ann. Par 13:1K-13	5.3.9
N.J. Admin. Code Par. 7:26B-1.4	4.4.2.2
N.J. Admin. Code Par. 7 :26B-2.2	4.4.2.2
N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.4	4.4.2.4
N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.6	4.4.2.4
N.J. Admin. Code Par. 7:26B-5.7	4.4.2.5
N.J. Stat. Ann. Par. 58:10B-411	9.4.3
NJ Stat. Ann. Par. 58:10-23.IIg (c(2))	9.4.4

*Transfer Act (Connecticut)*

Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-133v	5.2.2, 5.3.7
Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134 (1)	5.2.2, 4.5.2, 7.6.1
Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (a)	4.5.2
Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (c)	4.5.2
Conn. Gen. Stat. Section 22a-134a (e) en (f)	4.5.2
Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134b	4.5.2
Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-134d	4.5.2
Conn. Gen. Stat. Ann. Section 22a-452a	9.4.4

*Cal. Codes Ann., Health and Safety Code (HSAA)*

25915-25919.7 HSAA	4.7.1, 5.6
25359 (a) HSAA	4.7.1
25359.7 HSAA	4.7.1, 5.5, 5.6

*324.20116 Natural Resources and Environmental*

Pollution Control Act (Michigan)	4.7.3
Oregon Revised Statutes Par. 265.255 (1) (c)	4.7.4
6018.405 Pennsylvania Solid Waste Act	4.7.5
Maine Rev. Stat. Ann. Tit. 38, par. 1371	9.4.4
Ann. Laws of Mass. 21E, Par 13 (Massachusetts)	9.4.4
NH Rev. Stat. Ann.147-B:10-b (New Hampshire)	9.4.4

*CERCLA (VS)*

42 U.S.C. par. 9601 (20)	8.5.7
42 U.S.C. par. 9601 (35)	8.5.2
42 U.S.C. par. 9601 (40)	8.5.2
42 U.S.C. par. 9607 (a)	8.5.3, 8.5.5
42 U.S.C. par. 9607(l)	9.4.4
42 U.S.C. par. 9607(n)	9.4.4
42 U.S.C. par. 9607(r)	8.5.2, 9.4.4
42 U.S.C. par. 9620(h) (1)	4.8

*Bankruptcy Code (VS)*

Section 506(c)	9.4.4
----------------	-------

**Vlaamse regelgeving***Vlaams Bodemdecreet*

2	4.9.1, 4.9.2, 5.2.2, 5.3.7
5	4.9.2
8	4.9.2
9	4.9.1, 4.9.2
11	4.9.2
12	4.9.2
19	4.9.1, 4.9.2
22	4.9.2
23	4.9.2
28	4.9.1, 4.9.2
29	4.9.1, 4.9.2
32	4.9.1, 4.9.2
33	4.9.1
34	4.9.1, 4.9.2
35	4.9.1
38	4.9.1, 4.9.2
39	4.9.2
39-46	4.9.2
47	4.9.2
50	4.9.2
62	4.9.2
67	4.9.2
68	4.9.2
55-76	4.9.2
71	4.9.2
72	4.9.2



73	4.9.2
101	4.9.2
102	4.9.1, 4.9.2
102-113	4.9.2
103	4.9.2
104	4.9.2, 5.6
105	4.9.2
109	4.9.2, 5.6
110	4.9.2
114	4.9.2
115	4.9.1, 4.9.2, 5.3.1
116	4.9.2, 5.3.9
118	4.9.2
122	4.9.1
123	4.9.1, 4.9.2
104-112	4.9.1
140-145	4.9.1
173	5.3.9

*Vlaams Bodemreglement*

8-12	4.9.2, 5.6
27-31	4.9.2
27-46	4.9.2, 5.3.7
29	4.9.2
30-36	4.9.2
32	5.3.7
35	4.9.2
36	5.3.7
50	4.9.2
51	4.9.2
52	4.9.2
53-54	4.9.2
77-96	4.9.2
141	4.9.2
141-148	4.9.2
147	4.9.2
151-152	4.9.2
236	4.9.1